

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**

**MAYARA MARIANO ALVES DE SOUZA**

**O ACESSO DIRETO PELA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA  
AOS DADOS BANCÁRIOS DO CONTRIBUINTE COMO INSTRUMENTO DE  
REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA FISCAL**

Brasília  
2015

MAYARA MARIANO ALVES DE SOUZA

**O ACESSO DIRETO PELA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA  
AOS DADOS BANCÁRIOS DO CONTRIBUINTE COMO INSTRUMENTO DE  
REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA FISCAL**

Trabalho de conclusão de curso apresentado  
como requisito parcial à obtenção do título de  
bacharel em Direito pela Faculdade de Direito  
da Universidade de Brasília - UnB.

Orientador: Prof. Pedro Júlio Sales D'Araújo

Brasília  
2015

Nome: SOUZA, Mayara Mariano Alves de

Título: O acesso direto pela Administração Tributária aos dados bancários do contribuinte como instrumento de realização da justiça fiscal

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília – UnB.

Data da defesa: 04.12.2015

Resultado: \_\_\_\_\_

### **BANCA EXAMINADORA**

---

Professor Mestre Pedro Júlio Sales D'Araújo (Orientador)

---

Professor Doutor Valcir Gassen

---

Professor Doutor Antônio de Moura Borges

---

Professor Mestre Guilherme Pereira Dolabella Bicalho

*Ao meu avô, Sr. Antônio de Dezinho,  
Um grande homem, que sempre me  
ensinou a importância da educação,  
do trabalho, da fé, e, principalmente,  
do amor.*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, primeiramente, a Deus, pelo dom da vida, pela sabedoria, e por toda a força durante essa longa caminhada.

À minha família, que sempre esteve presente, com muito carinho e apoio, torcendo pelo meu sucesso. Em especial à minha mãe, Lourdes, que nunca mediu esforços para que esse e tantos outros sonhos se realizassem, ao meu pai, Wagner, que mesmo distante sempre se fez presente, e aos meus irmãos, Maynara e Willian, por todo o apoio e amizade infinita.

Ao meu orientador, professor Pedro Sales, pela dedicação, paciência e por todos os ensinamentos que contribuíram para a realização desse trabalho. Agradeço também a todos os professores que me incentivaram na busca pelo saber e ensinaram lições valiosas que levarei por toda a minha vida.

E a todos os amigos que participaram dessa jornada e me deram estímulo para enfrentar as barreiras da vida, o meu profundo e eterno agradecimento.

## **RESUMO**

O presente estudo tem como objetivo analisar a possibilidade de acesso direto pela Administração Tributária aos dados e informações financeiras do contribuinte, sob a perspectiva da atual matriz tributária brasileira. No primeiro capítulo serão abordados os aspectos conceituais e a natureza jurídica do sigilo bancário, bem como a proteção constitucional e a exposição dos princípios atinentes à sua relativização frente à Administração Tributária. No segundo capítulo será realizada uma breve análise do panorama atual do sigilo bancário, abrangendo as inovações trazidas pela Lei Complementar nº 105/2001, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) a respeito de sua constitucionalidade, a perspectiva internacional e a orientação da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) quanto ao tratamento concedido a esse instituto. E, finalmente, o terceiro capítulo cuidará de uma análise da matriz tributária brasileira, abordando a função do tributo e o princípio da solidariedade que o sustenta, bem como a necessidade de garantir os instrumentos necessários ao ente tributário para a execução de seus objetivos, especialmente para a realização da justiça fiscal. O objetivo principal será a desconstrução da equivocada interpretação que acusa status antidemocrático ao acesso direto pelo ente administrativo a informações protegidas pelo sigilo bancário, sendo feita, para tanto, uma análise à luz das escolhas feitas no âmbito da matriz tributária brasileira, a fim de aproximar o fenômeno tributário da complexa realidade existente no Estado Contemporâneo.

**Palavras-chave:** sigilo bancário – Administração Tributária – Lei Complementar nº 105/2001 – matriz tributária brasileira – justiça fiscal

## **ABSTRACT**

This study examines the possibility of direct access to financial information by the Tax Administration, from the perspective of current Brazilian tax matrix. In the first chapter, will be discussed the conceptual aspects and the legal nature of bank secrecy as well as the constitutional protection and the exposition of the principles relating to the relativity in the face of the Tax Administration. In the second chapter, there will be a brief summary of the current situation of bank secrecy, addressing the innovations introduced by Complementary Law 105/2001, the position of the Supreme Court on its constitutionality, the international perspective and the orientation of the OECD about the treatment given to this institute. Finally, the third chapter will make an analysis of the Brazilian tax matrix, emphasizing the role of the tax and the principle of solidarity and the need to ensure the necessary instruments to the tax authorities to accomplish its objectives, especially for the realization of fiscal justice. The main objective will be the deconstruction of misinterpretation accusing undemocratic status to direct access by the administrative entity to information protected by bank secrecy, and an analysis from the perspective of the choices made in the context of Brazilian tax matrix, in order to approximate the taxation the complex reality of the contemporary state.

**Keywords:** bank secrecy - Tax Administration - Complementary Law 105/2001 - Brazilian tax matrix – fiscal justice

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>1. O SIGILO BANCÁRIO .....</b>	<b>11</b>
1.1. Conceito e finalidade .....	11
1.2. A proteção constitucional ao sigilo bancário .....	15
1.3. Princípios aplicáveis ao sigilo bancário em face da Administração Tributária .....	20
1.3.1. Princípio da dignidade da pessoa humana .....	21
1.3.2. Princípio da isonomia tributária .....	23
1.3.3. Princípio do devido processo legal .....	24
1.3.4. Princípio da eficiência .....	27
<b>2. O PANORAMA ATUAL DO SIGILO BANCÁRIO FRENTE AO INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA .....</b>	<b>29</b>
2.1. Análise da Lei Complementar nº 105/2001 .....	29
2.2. Jurisprudência do STF após a Lei Complementar nº 105/2011 .....	32
2.3. O Sigilo bancário na Seara Internacional .....	38
<b>3. O SIGILO BANCÁRIO NO CONTEXTO DA ATUAL MATRIZ TRIBUTÁRIA BRASILEIRA .....</b>	<b>46</b>
3.1. O papel do tributo no Estado Contemporâneo .....	46
3.2. Justiça fiscal e igualdade tributária: A transferência direta do sigilo bancário para a Administração Tributária como mecanismo de combate à sonegação fiscal .....	51
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>57</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>59</b>



## INTRODUÇÃO

A globalização e a expansão mundial do comércio têm estimulado o aumento das relações comerciais e o desenvolvimento de mercados, produtos, tecnologia e eficiência. Hoje em dia, as operações financeiras são realizadas instantaneamente, intensificando o fluxo de capital tanto no âmbito interno quanto externo.

No entanto, a dificuldade na identificação da origem e destino dessas transações tem facilitado a prática de abusos no âmbito tributário, como a evasão fiscal. Com a busca desenfreada pela maximização do lucro, muitos contribuintes omitem receitas e, por consequência, sonegam tributos, aproveitando-se de forma arbitrária do direito ao sigilo bancário.

No contexto brasileiro, a demanda pela regulação do sigilo bancário ensejou na edição da Lei Complementar nº 105/2001, a qual garante ao ente administrativo os instrumentos necessários para que se promova uma fiscalização eficiente, por meio do acesso direto aos dados bancários do contribuinte, desde que preenchidos determinados requisitos legais.

A referida lei, no entanto, tem causado grande polêmica no âmbito da doutrina e da jurisprudência a respeito de sua constitucionalidade. Muito se discute acerca da necessidade de autorização judicial para o acesso a esses dados, prevalecendo, de um lado, a proteção ao sigilo bancário, amparado pelo direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, ao sigilo de dados, ao devido processo legal, à presunção da inocência e à reserva de jurisdição, e, de outro, a necessidade de fortalecimento do poder fiscalizatório do Estado, baseado nos princípios da eficiência, da isonomia tributária, da capacidade contributiva e da justiça fiscal.

Essa controvérsia envolve variados interesses e visões, de forma que rapidamente transcendeu a seara doutrinária e adotou o Judiciário como arena. No entanto, decorridos mais de quatorze anos da vigência da Lei Complementar nº 105/2001, não houve ainda decisão definitiva da matéria, que permanece indefinida e controversa.

Desse modo, diante da possibilidade de apreciação do tema pelo plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), seja no Recurso Extraordinário nº 601.314/SP, com repercussão geral reconhecida, seja nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2386/DF, 2390/DF, 2397/DF, 2859/DF, 4006/DF, 4010/DF, o debate continua atual e relevante, tanto sob o aspecto teórico quanto no âmbito prático.

Assim, o presente trabalho terá como objetivo analisar os argumentos contrários e favoráveis ao acesso pela Administração Tributária aos dados da movimentação financeira do

contribuinte, independente de autorização judicial prévia, sob a perspectiva da atual matriz tributária brasileira.

Para tanto, o primeiro capítulo cuidará dos aspectos conceituais e da natureza jurídica do sigilo bancário, bem como da proteção constitucional e a exposição dos princípios atinentes à sua relativização frente à Administração Tributária, a fim de oferecer suporte para a adequada compreensão do alcance do instituto.

No segundo capítulo será realizada uma breve análise do panorama atual da concepção vigente do sigilo bancário, abrangendo as inovações trazidas pela Lei Complementar nº 105/2001, o posicionamento do STF a respeito da constitucionalidade da referida lei, e, por fim, a perspectiva internacional e a orientação da OCDE quanto ao tratamento concedido a esse instituto.

E, finalmente, o terceiro capítulo tem como escopo a desconstrução da equivocada interpretação que acusa status antidemocrático ao acesso direto pela Administração Tributária aos dados e informações financeiras dos contribuintes, sendo realizada, para tanto, uma análise à luz das escolhas feitas no âmbito da matriz tributária brasileira, a fim de aproximar o fenômeno tributário da complexa realidade existente no Estado Contemporâneo. Pretende-se abordar a função do tributo e o princípio da solidariedade que o sustenta, e, enfim, tecer-se-á algumas conclusões acerca da necessidade de garantir os instrumentos necessários ao ente tributário para a execução de seus objetivos.

## 1. O SIGILO BANCÁRIO<sup>1</sup>

A fixação dos limites e pressupostos que envolvem o sigilo bancário frequentemente tem sido objeto de embates calorosos na doutrina e na jurisprudência. Trata-se de tema delicado que envolve variados interesses, valores e visões em conflito. À vista disso, o estudo acerca de sua definição reveste-se de importância especial para a adequada compreensão do alcance do instituto.

Nessa perspectiva, torna-se relevante uma análise detalhada acerca da influência dos preceitos constitucionais sobre a concepção vigente do sigilo bancário. Adiante, tendo em mente que o ordenamento jurídico brasileiro é composto por um sistema de princípios e regras e que não há direitos absolutos e ilimitados, será feita uma análise principiológica que servirá de suporte para o estudo que se propõe.

### 1.1. Conceito e finalidade

A definição de sigilo bancário adotada pela doutrina comumente contempla o binômio direito-dever existente no âmbito da relação negocial entre a instituição financeira e o cliente.

Nesse sentido, Vasco Guimarães expõe que:

O segredo bancário é um direito ao segredo do depositário/cliente da instituição bancária e um dever de segredo da instituição bancária e seus funcionários. Sobre o que é que incide este dever de segredo? Sobre todo e qualquer movimento bancário e dado pessoal que tenha sido fornecido à instituição pelo depositante.<sup>2</sup>

Na lição de Nelson Abrão<sup>3</sup>, o sigilo bancário consiste em uma benesse concedida ao cliente em detrimento de um encargo imposto ao banqueiro de não revelar informações que teve conhecimento por ocasião de sua atividade bancária, sob pena de sanção civil, penal ou disciplinar.

---

<sup>1</sup> Optou-se por adotar a terminologia “sigilo bancário”, considerando a ampla e consagrada utilização do termo na doutrina e jurisprudência pátria. No entanto, é importante destacar que a expressão “sigilo financeiro” apresenta maior precisão técnica na identificação do instituto, uma vez que o sujeito passivo do sigilo são as instituições financeiras e equiparadas, incluindo, dentre outras, os bancos, as administradoras de cartão de crédito, as corretoras e as cooperativas de crédito e as empresas de fomento comercial. Na legislação pátria, os sujeitos passivos submetidos ao sigilo estão especificados no art. 1º, §1º da Lei Complementar nº 105/2011, que será objeto de análise no tópico 2.1 do presente trabalho.

<sup>2</sup> GUIMARÃES, Vasco Branco. O segredo bancário: uma interpretação dos estudos da O.C.D.E. In SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coords.). **Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 140

<sup>3</sup> ABRÃO, Nelson. **Direito bancário**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 98

Covello conceitua sigilo bancário como “[...] a obrigação que têm os bancos de não revelar, salvo justa causa, as informações que venham a obter em virtude de sua atividade profissional”<sup>4</sup>.

De modo semelhante, Arnoldo Wald<sup>5</sup> assevera que sigilo bancário se enquadra no conceito mais amplo do segredo profissional, sendo, portanto, a obrigação de discrição imposta aos bancos e seus funcionários, abrangendo todos os aspectos da relação entre a instituição e o cliente.

Observa-se dos conceitos acima expostos que o sigilo bancário pressupõe uma relação negocial que gera uma obrigação. O sujeito passivo, nesse caso, compreende a instituição financeira e equiparadas, que se subordinam ao dever de manter o segredo. O sujeito ativo pode ser compreendido pela figura do cliente, incluindo qualquer indivíduo que estabeleça relacionamento comercial com o banco, direta ou indiretamente, ainda que a operação não se consuma<sup>6</sup>. Quanto ao objeto protegido pelo dever de sigilo há divergência na doutrina em relação à abrangência dos dados que merecem proteção<sup>7</sup>. Em geral, o dever de abstenção incide sobre as informações obtidas em razão da atividade negocial, incluindo as operações bancárias e os serviços prestados pela instituição.

A delimitação do instituto perpassa ainda pela necessidade de perquirir o fundamento do sigilo bancário, investigar as razões que o sustentam. Nessa diapasão, foram desenvolvidas diversas teorias quanto à sua natureza jurídica, destacando-se entre elas<sup>8</sup>: a teoria consuetudinária, a teoria contratualista, a teoria legalista, a teoria da responsabilidade civil, a teoria do segredo profissional e a teoria do direito de personalidade.

Segundo a teoria consuetudinária, o sigilo bancário tornou-se uma obrigação jurídica devido a sua prática ter sido adotada pelos estabelecimentos bancários através dos tempos, isto é, surgiu e se consolidou em razão da boa-fé e da confiança mútua que regiam os negócios e as relações comerciais. Os opositores dessa corrente contestam a omissão quanto

---

<sup>4</sup> COVELLO, Sérgio Carlos. **O Sigilo Bancário**. São Paulo: Leud, 2001, p. 86

<sup>5</sup> WALD, Arnoldo. O Sigilo Bancário no Projeto de Lei Complementar de Reforma do Sistema Financeiro e na Lei Complementar nº 70. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 29, n. 116, out/dez. 1992, p. 237-238

<sup>6</sup> Optou-se por adotar a posição defendida por Covello (op. cit., p. 100-101), amplamente aceita na doutrina, que afirma que a instituição financeira é obrigada a manter sigilo dos dados que teve conhecimento no momento da negociação, incluindo dados sobre terceiros. Mesmo que a operação negocial não seja efetivada, permanece a obrigação de segredo dos dados obtidos no momento da negociação.

<sup>7</sup> Cf. COVELLO, op. cit., p. 106-110; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Sigilo Bancário e Privacidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.76-80

<sup>8</sup> Há uma grande variedade de teorias a respeito da matéria. O objetivo do presente trabalho é apenas apresentar as teorias frequentemente mencionadas pela doutrina a fim de propiciar melhor delineamento do tema, sem a pretensão de exauri-lo. Para um estudo mais detalhado: Cf. COVELLO, op. cit., p. 113-164.

ao fundamento do sigilo bancário, alegando que o costume consiste, na realidade, em fonte formal<sup>9</sup>.

Para os defensores da teoria contratualista, o sigilo bancário decorre da relação contratual estabelecida voluntariamente entre a instituição financeira e o cliente. Trata-se de obrigação acessória, independentemente de estar expressa no contrato principal, em que a instituição financeira se compromete a manter segredo a respeito dos dados e informações pertinentes à operação realizada.

Conforme adverte Baltazar Júnior<sup>10</sup>, a teoria contratualista não justifica o dever de sigilo nas fases pré-contratual e pós-contratual, principalmente quando o contrato bancário não se concretiza ou ocorre a sua extinção, tampouco justifica o dever de sigilo em relação a terceiros. Falha ainda na ausência de justificativa ao sigilo bancário, tratando somente da sua forma de expressão.

A teoria legalista, por sua vez, entende que o sigilo decorre de uma norma legal, em sentido material, que cria a obrigação jurídica. A crítica a essa teoria se fundamenta em dois aspectos: o sigilo também é observado em países onde os ordenamentos jurídicos não prescrevem a preservação de dados bancários; e, assim como nas teorias anteriores, a teoria legalista não dá o fundamento do sigilo, apenas refere-se a sua forma, consoante salienta Covello:

[...] o sigilo bancário não se impõe somente por meio de lei expressa. Em países onde não há nenhuma disposição escrita a respeito, ele é observado, de certa maneira, com mais rigor do que em países onde existe a lei. A tese legalista não dá o fundamento do sigilo bancário e sim quando muito a sua forma de expressão em sistemas jurídicos que o prevêm expressamente. Dizer que o Banco está obrigado a guardar sigilo porque a lei ordena é muito pouco para quem almeja uma análise profunda do tema: é olhar a coisa e não enxergar a causa.<sup>11</sup>

A teoria da responsabilidade civil traz como fundamento o dever geral da instituição financeira de não prejudicar o cliente em virtude da divulgação indevida de dados ou informações sigilosas, sujeita à obrigação de reparar o dano causado. Essa corrente se mostra deficiente por abordar apenas os efeitos do descumprimento da obrigação, mas não justifica a própria exigência.

Pela teoria do sigilo profissional, como o próprio nome revela, os banqueiros são incluídos no rol das pessoas obrigadas ao sigilo das informações e fatos que tenham ciência

---

<sup>9</sup> COVELLO, op. cit., p. 124

<sup>10</sup> BALTAZAR JÚNIOR, op. cit., p. 58

<sup>11</sup> COVELLO, op. cit., p. 148

em virtude de suas atividades profissionais. Grande parte da doutrina<sup>12</sup> defende o caráter profissional do sigilo bancário, encontrando seu fundamento no direito penal. Os opositores tem contestado esse posicionamento alegando que a ausência de previsão legal expressa na legislação penal não possibilita a interpretação extensiva e que a instituição financeira não é um profissional, que exerce individualmente uma atividade, mas uma empresa, não se enquadrando na definição do sigilo profissional<sup>13</sup>. Argumenta-se ainda que os termos bancário e profissional são apenas qualificativos, de modo que os sigilos bancário, profissional e fiscal constituem espécies do gênero sigilo<sup>14</sup>. Ademais, a teoria não explica a razão de ser do instituto.

Baltazar Júnior<sup>15</sup>, fazendo referência a Aliomar Baleeiro, defende inclusive que o banqueiro não está sujeito ao sigilo profissional, pois, em regra, só devem consentir e ser procurados para negócios lícitos e confessáveis.

Por fim, a teoria do direito da personalidade propaga que o sigilo bancário é corolário do direito à intimidade e à vida privada, de modo que é o respeito ao direito de personalidade do indivíduo que confere às instituições financeiras o dever de silêncio sobre as suas operações, sob a justificativa de que os dados sobre transações bancárias do indivíduo revelam importantes informações sobre a sua vida, são projeções de sua personalidade<sup>16</sup>. Com base na liberdade de negação, o cidadão possui o direito de não permitir que sua privacidade seja invadida ou revelada<sup>17</sup>.

Essa teoria encontra-se disseminada na doutrina de vários países<sup>18</sup>. Na Alemanha, a teoria dos círculos concêntricos estabelece que a intimidade encontra-se em um círculo de raio maior e o sigilo em uma esfera menor, estando inserido dentro daquela. Na Suíça, a intimidade do cidadão é considerada o fundamento para o sigilo bancário. Do mesmo modo, na Itália e Argentina há uma forte corrente doutrinária que fundamenta o sigilo bancário na manifestação dos direitos à intimidade e à privacidade.

Essa corrente foi amplamente acolhida pela doutrina e jurisprudência pátria, de modo que será analisada com maior atenção no tópico seguinte, que trata da proteção constitucional

---

<sup>12</sup> Segundo Covello, os adeptos dessa corrente na Europa são, entre outros, Hamel, Bataglia, Crespi, Orlandi, Micheli, Fahart, Henrion, Gulphe, Ripért, Rodière, Rives-Lange, Luche e Migeon; Garcíadiego, no México; Villegas, na Argentina; Espriella Ossío, na Colômbia e Nelson Hungria no Brasil. *Ibid.*, p. 131 et seq.

<sup>13</sup> BALTAZAR JÚNIOR, op. cit., p. 59

<sup>14</sup> QUEZADO, Paulo; LIMA, Rogério. **Sigilo Bancário**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 26

<sup>15</sup> BALTAZAR JÚNIOR, op. cit., p. 59.

<sup>16</sup> MOSQUERA apud FOLMANN, Melissa. **Interpretação Constitucional Principiológica & Sigilo Bancário**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 125

<sup>17</sup> QUEZADO; LIMA, op. cit., p. 28

<sup>18</sup> COVELLO, op. cit., p. 151-152

conferida ao sigilo. Todavia, importante antecipar que a referida corrente não está isenta de críticas. Em breve síntese, argumenta-se que o caráter patrimonial protegido pelo sigilo bancário é incompatível com a definição de direitos de personalidade<sup>19</sup>.

Diante da análise realizada, constata-se que há divergências na delimitação do sigilo bancário, tendo em vista a complexidade do instituto, com várias peculiaridades a serem consideradas. Os apontamentos levantados pelas diferentes teorias apresentam uma relação de complementaridade, conforme observa Baltazar Júnior:

Não há, em verdade, total incompatibilidade entre os vários fundamentos apontados para o sigilo financeiro. Como visto, o uso comercial parece figurar na origem do instituto, a ser superado como fundamento com o advento da regulamentação legal, a qual certamente será baseada, ao menos parcialmente, nos usos consagrados. Nada impedirá a estipulação contratual a respeito, no que diz com os interesses privados, desde que o contrato não contrarie normas legais de ordem pública, impedindo a fiscalização, por exemplo. Ainda que inexistir contrato, a divulgação indevida poderá acarretar a responsabilização civil, com fundamento nas regras legais respectivas. Dispondo o texto constitucional sobre a matéria, ainda assim será necessária regulamentação legal ou mesmo infralegal. Em suma, parece-nos que os vários fundamentos apontados ao início deste item contemplam facetas diversas de um mesmo e complexo fenômeno jurídico. Tendo em vista o caráter histórico do direito, temos que o exame da matéria deve dar-se à luz de cada ordenamento jurídico em um determinado momento, de acordo com a opção política do constituinte e do legislador e a respectiva regulamentação.<sup>20</sup>

Mostra-se essencial, portanto, analisar as especificidades do contexto social, dos valores e do ordenamento jurídico vigente para uma análise plena da matéria.

No Brasil, a Constituição Federal não menciona expressamente o direito ao sigilo bancário, de modo que a discussão na doutrina e na jurisprudência a respeito da sua proteção constitucional gira em torno da garantia ao sigilo de dados e à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, tema que será analisado no tópico a seguir.

## **1.2. A proteção constitucional ao sigilo bancário**

A despeito da Constituição Federal de 1988 dispor de um capítulo reservado à regulamentação do Sistema Financeiro Nacional, não faz menção expressa ao sigilo bancário. Não obstante, comumente tem sido invocado pela doutrina e pela jurisprudência pátria o status constitucional ao sigilo bancário como corolário da proteção assegurada à intimidade, à

---

<sup>19</sup> ROQUE, Maria José Oliveira Lima. Sigilo Bancário e Direito à Intimidade. **Revista Virtual da AGU**, Brasília, ano II, nº 12, jul. de 2001, p. 3. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/88985>> Acesso em 15/10/2015

<sup>20</sup> BALTAZAR JÚNIOR, op. cit., p. 59-60

vida privada e ao sigilo da comunicação de dados, dispostos no artigo 5º, incisos X e XII, que possuem a seguinte redação:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;<sup>21</sup>

Conforme já adiantado, a doutrina majoritária adota a posição de que o sigilo bancário é um direito de personalidade, inserido no direito à intimidade e à privacidade. Para os defensores dessa corrente, os dados e informações de natureza bancária são considerados desdobramentos da personalidade da pessoa, elementos particulares e pessoais de qualquer indivíduo<sup>22</sup>, o que justifica a manutenção do sigilo perante terceiros. Nessa perspectiva, o direito ao sigilo bancário visa garantir ao homem o mínimo capaz para que lhe seja assegurada a sua condição humana, protegendo-o de ingerências alheias<sup>23</sup>.

Comungando desse entendimento, Covello defende que “o sigilo bancário existe para proteger a intimidade do cidadão. Esta é a sua causa de ser. Sua causa final”.<sup>24</sup>

Tércio Ferraz Júnior<sup>25</sup> preocupa-se em distinguir intimidade e privacidade, afirmando que a intimidade diz respeito ao direito de estar só, permanece na esfera exclusiva do indivíduo, sem nenhuma repercussão social, enquanto o direito à vida privada envolve situações exclusivas de convivência, regidas pelo segredo e pela autonomia e protegidas do conhecimento de terceiros. Defende o autor que a inviolabilidade do sigilo está inserida no direito à privacidade.

<sup>21</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988

<sup>22</sup> MOSQUERA apud FOLMANN, op. cit., 2004, p. 125

<sup>23</sup> DELGADO, José Augusto. **O sigilo bancário no ordenamento jurídico brasileiro**. In SARAIVA FILHO; GUIMARÃES (Coords.), op. cit., p. 524-525

<sup>24</sup> COVELLO, op. cit., p.137

<sup>25</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado, **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 88, jan. 1993, p. 442-443. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231/69841>>. Acesso em: 02 out. 2015



Kiyoshi Harada<sup>26</sup> e Ives Gandra Martins<sup>27</sup> concordam que o sigilo bancário é uma defesa da privacidade do indivíduo, encontrando fundamento no art. 5º, X, da Constituição.

Os opositores dessa teoria contestam a inserção do sigilo bancário como direito à intimidade ou à vida privada sob vários aspectos. Roque<sup>28</sup> argumenta que não se trata de direito à intimidade, visto que a movimentação bancária ou o patrimônio do indivíduo gera nova relação de direitos com outros titulares, ultrapassando a esfera íntima do indivíduo. Expõe a autora que os direitos de personalidade nascem com a pessoa, pois constituem o mínimo necessário para que a personalidade se desenvolva plenamente, sendo imprescindíveis para dar a cada indivíduo uma identidade própria, não sendo enquadrado nessa definição o sigilo bancário, cujo caráter patrimonial é incompatível com a acepção dos direitos de personalidade. Exemplifica que todos vêm ao mundo com direito à vida, à saúde, a um nome, à integridade física, dentre outros, mas ninguém nasce com o direito ao sigilo bancário. Destaca ainda que o Estado sequer pode garantir ao indivíduo o direito de ser cliente de um banco, o que torna contraditório falar em direito ao sigilo como inerente a todos os cidadãos. Além disso, sustenta que, conforme a teoria clássica, os direitos de personalidade são oponíveis a todos e irrenunciáveis, ao passo que o sigilo comporta exceções e é renunciável pelo titular.

Trata-se de posição minoritária, que não encontrou respaldo na doutrina e na jurisprudência brasileira.

Convém destacar ainda interessante ressalva feita por Luís Fernando Bellinetti, citado por José Delgado, em relação ao patamar constitucional assegurado aos dados e informações de natureza bancária:

Como já dissemos anteriormente, em certas hipóteses o fundamento para o segredo bancário seria a privacidade. No entanto, nesses casos o que se protege é a privacidade e o não propriamente o sigilo. Entendemos que uma coisa é garantir-se a privacidade da pessoa, com fundamento em norma constitucional; outra é garantir-se o segredo de informações bancárias de uma pessoa, com base na legislação supramencionada. Sempre que a revelação de informações bancárias puder violar a privacidade da pessoa, parece-nos que mais do que garantia ao sigilo bancário (com fundamento legal), tem a pessoa garantia à sua privacidade (com fundamento constitucional). No entanto, se a revelação da informação não invadir a esfera da intimidade da pessoa, sua garantia é meramente legal, do sigilo bancário.<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> HARADA, Kiyoshi. **Sigilos Bancário e Fiscal como Corolários do Direito à Privacidade**. In SARAIVA FILHO; GUIMARÃES (Coords.), op. cit., p. 320

<sup>27</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Sigilo Bancário e Privacidade**. In SARAIVA FILHO; GUIMARÃES (Coords.), op. cit., p. 69

<sup>28</sup> ROQUE, op. cit., p. 3 et seq.

<sup>29</sup> BELLINETTI apud DELGADO, op. cit., p. 521

Nesse mesmo sentido, Oswaldo Othon<sup>30</sup> alerta que só excepcionalmente as informações e documentos bancários, relativos a meros números, poderiam revelar informações da vida privada do cidadão.

Os tribunais superiores acompanham a doutrina majoritária e incluem o sigilo bancário no rol dos direitos da personalidade, amparado pelo artigo 5º, inciso X, da Constituição, a fim de resguardar o direito à intimidade e à vida privada do indivíduo. A posição adotada contempla a ideia de que, a despeito do amparo constitucional, não se trata de um direito absoluto, podendo ser afastado em situações excepcionais, diante do interesse público, do interesse social e do interesse da Justiça, observado o procedimento estabelecido em lei e com respeito ao princípio da razoabilidade<sup>31</sup>.

A proteção assegurada à inviolabilidade da comunicação de dados, prevista no art. 5º, inciso, XII, da Constituição Federal, tem sido utilizada para complementar o fundamento constitucional ao sigilo bancário.

Em geral, a inteligência do dispositivo tem sido interpretada como óbice à interceptação da comunicação de dados, não proibindo o acesso aos dados e registros em si, estaticamente considerados, desde que seja adotado o procedimento adequado para conhecimento das informações. Tércio Ferraz Júnior<sup>32</sup> corrobora esse entendimento ao afirmar que o dispositivo impede o acesso à própria ação comunicativa, mas não aos dados comunicados. Alega o autor que somente a comunicação telefônica sofre uma ressalva autorizando a sua interceptação, posto que este tipo de comunicação não tem registro escrito prévio, sendo perdida caso não seja interceptada.

Marco Aurélio Greco<sup>33</sup>, por outro lado, contesta essa posição arguindo que o interessado pretende que os seus dados não sejam acessados por terceiro, estática ou dinamicamente. O autor defende que a proteção constitucional ao sigilo bancário encontra-se fundamentada no artigo 5º, inciso XII, da Constituição, a qual resguarda tanto as pessoas

---

<sup>30</sup> SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. **Segredos Bancário e Fiscal relacionados com a Administração Tributária e o Ministério Público**. In SARAIVA FILHO; GUIMARÃES (Coords.), op. cit., p. 24

<sup>31</sup> Cf. Precedentes: STF - RE: 219780/PE, Relator: Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 10-09-1999; STF - AI: 655298/SP, Relator: Min. Eros Grau, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 27-09-2007; STJ - REsp 1.134.665/SP, Relator: Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, Data de Publicação: DJe 18/12/2009

<sup>32</sup> FERRAZ JUNIOR, op. cit., p. 447 et seq.

<sup>33</sup> GRECO apud BORGES, Antônio de Moura; MACHADO, Paiva Queiroz Machado de. A quebra do sigilo bancário como medida antielisiva e a verificação de sua constitucionalidade. In: XVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. **Anais**, Brasília, 2008, p. 1249. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/04\\_635.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/04_635.pdf)>. Acesso em 20 de set. de 2015

físicas como jurídicas, não se colocando restrições de caráter subjetivo como ocorre com o direito de personalidade.

Alguns autores discordam desse posicionamento, pois, desse modo, qualquer dado seria protegido do conhecimento de outrem, ainda que com intervenção judicial, uma vez que o dispositivo apenas autoriza o levantamento do sigilo em relação às comunicações telefônicas, o que inviabilizaria toda a disciplina infraconstitucional conferida ao sigilo bancário<sup>34</sup>.

Por fim, há doutrinadores que desconsideram o amparo constitucional ao sigilo bancário. O raciocínio desenvolvido é o de que a Constituição Federal prescreve, no artigo 192, que o Sistema Financeiro seja regido por lei complementar.

Na jurisprudência do STF encontram-se decisões que refletem este posicionamento, contrariando o entendimento majoritário da Corte, conforme pode se observar no excerto do voto do vencedor do Ministro Francisco Rezek, no julgamento do MS 21729/DF, que discutiu a legitimidade do Ministério Público para solicitar informações protegidas pelo sigilo bancário<sup>35</sup>:

Parece-me, antes de qualquer coisa que a questão jurídica trazida à Corte neste mandado de segurança não tem estrutura constitucional. Tudo quanto se estampa na própria Carta de 1988 são normas que abrem espaço ao tratamento de determinados temas pela legislação complementar. É neste terreno, pois, e não daquele da Constituição da República, que se consagra o instituto do sigilo bancário - do qual se repetiu *ad nauseam*, neste país e noutros, que não tem caráter absoluto. [...] Tenho dificuldade extrema de construir, sobre o artigo 5º, sobre o rol constitucional de direitos, a mística do sigilo bancário.<sup>36</sup>

Do mesmo modo, entendeu o Ministro Sepúlveda Pertence:

O sigilo bancário só existe no Brasil por força de lei ordinária. Não entendo que se cuide de garantia com status constitucional. Não se trata da 'intimidade' protegida no inciso X do art. 5º da Constituição Federal. Da minha leitura, no inciso XII da Lei Fundamental, o que se protege, e de modo absoluto, até em relação ao Poder

<sup>34</sup> TORRES, Ricardo Lobo. Normas Gerais Antielisivas. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOBRE ELISÃO FISCAL, ago. 2001, **Anais**. Brasília: ESAF, 2002, p. 383. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Publico/estudotributarios/Eventos/SeminarioInter/AnaisSeminarioInterElisaofis2002.pdf>> Acesso em 20/10/2015

<sup>35</sup> Em síntese, o Mandado de Segurança 21729-DF discutiu a legitimidade do Ministério Público para requisitar informações e documentos, destinados a instruir procedimentos administrativos de sua competência, sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pelo Banco do Brasil S/A, com recursos subsidiados pelo erário federal. O Banco impetrante alegou que não poderia fornecer as informações, pois estavam protegidas pelo sigilo bancário. O Mandado de Insegurança foi indeferido, sob a justificativa que este direito não é absoluto, e deve ceder diante do interesse público.

<sup>36</sup> Trecho do voto do Ministro Francisco Rezek In BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 21729-DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Data de Publicação: DJ 19/10/2001, p. 117. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85599>> Acesso em 20/10/2015

Judiciário, é a comunicação ‘de dados’ e não os ‘dados’, o que tornaria impossível qualquer investigação administrativa, fosse qual fosse.<sup>37</sup>

Não obstante tenha sido reconhecido amparo constitucional ao sigilo bancário como direito fundamental, é pacífico na doutrina e na jurisprudência que não se trata de um direito absoluto, podendo ser afastado em situações excepcionais. No entanto, é alvo de controvérsia ainda a discussão a respeito dos sujeitos que possuem poderes para afastar o dever de sigilo, a qual ainda não foi julgada definitivamente pelo Poder Judiciário.

Desse modo, será realizada a seguir uma análise dos princípios que costumam figurar nos argumentos contrários e favoráveis à relativização do sigilo bancário, em especial, frente à Administração Tributária, para que se construa arcabouço necessário para a compreensão do panorama atual da discussão no âmbito da legislação, jurisprudência e direito internacional.

### **1.3. Princípios aplicáveis ao sigilo bancário em face da Administração Tributária**

A atuação da autoridade fazendária é orientada por diversas balizas que conferem limites ao poder de tributar. Todavia, a imposição de obstáculos baseada no dogma do caráter absoluto do sigilo bancário não se coaduna com a ideia de um Estado Democrático de Direito. É necessário, antes de tudo, analisar o conflito de interesses envolvidos na relação entre o direito ao sigilo em face da fiscalização tributária.

Nesse contexto, convém fazer uma remissão à diferença entre princípios e regras elaborada por Dworkin. Para o autor, as regras são preceitos normativos aplicados conforme a lógica de “tudo-ou-nada”, isto é, ou a regra é válida e fornece uma resposta adequada para a decisão, ou não é válida, sendo inaplicável ao caso concreto<sup>38</sup>. Já os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância, de modo que podem concorrer entre si<sup>39</sup>.

No conflito entre princípios, o juiz deve analisar o peso relativo de cada um para chegar a uma decisão adequada, e não escolher somente um como válido<sup>40</sup>.

É nesse sentido que Dworkin define a ideia de direito como integridade, em que a interpretação do juiz deve levar em conta que o direito é formado por um sistema único e coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal<sup>41</sup>.

---

<sup>37</sup> Trecho do voto do Ministro Sepúlveda Pertence In Ibid., p. 169

<sup>38</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007a, p. 39

<sup>39</sup> Ibid., p. 42

<sup>40</sup> Ibid., p. 114

<sup>41</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007b, p. 291

O intérprete deve decidir à luz da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade<sup>42</sup>, devendo refletir sobre o lugar adequado para cada um dos princípios que estão em conflito e decidir qual deve prevalecer no caso concreto. A integridade do direito não permite que algum deles seja totalmente desautorizado<sup>43</sup>.

Os princípios jurídicos, portanto, além de estabelecerem limites à atividade fiscal do Estado, passam a orientar a própria atuação estatal, que deve agir em busca de justiça e equidade. Desse modo, ao analisar a possibilidade de acesso direto pela Administração Tributária aos dados bancários do contribuinte protegidos pelo sigilo, torna-se essencial a exposição dos princípios que envolvem essa questão.

### 1.3.1. Princípio da dignidade da pessoa humana

O Estado Democrático de Direito<sup>44</sup> deve atuar na promoção dos direitos e garantias fundamentais a todos os cidadãos. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 consagrou em seu artigo 1º, inciso III, o princípio da dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos.

Baseado na ótica kantiana, que considera o homem como um fim em si mesmo, a dignidade é considerada atributo intrínseco à pessoa humana<sup>45</sup>. O Estado tem como função primordial a promoção do bem comum, devendo atuar com fito à proteção e realização concreta de uma vida digna para todos os cidadãos.

A observância do princípio da dignidade humana impõe ao Estado simultaneamente limites e tarefas, influenciando tanto em sua atuação defensiva, quanto prestacional<sup>46</sup>. Como limite à atuação estatal, encontra-se o dever de abstenção da prática de atos que possam ferir a dignidade da pessoa humana. Como tarefa, decorre o dever de tutela por parte dos órgãos estatais no sentido de promover ações que garantam condições para o pleno desenvolvimento da personalidade de cada ser humano.

---

<sup>42</sup> Ibid., p. 305

<sup>43</sup> Ibid., p. 321-322

<sup>44</sup> Não se objetiva, nesse momento, analisar a efetiva consecução dos direitos consagrados constitucionalmente pelo Estado Brasileiro, embora seja evidente que a realidade social do nosso país não se coaduna com os objetivos e fundamentos de um Estado Democrático de Direito, propostos pela Constituição, os quais devem ser perseguidos para que se legitime a própria atuação estatal.

<sup>45</sup> SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, v. 212, abr./jun. 1998, p. 93

<sup>46</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 09, jan./jun. 2007 (versão eletrônica), p. 378. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-007-INDICE.htm>> Acesso em 24/10/2015

Assim salienta Daniel Sarmento:

O Estado tem não apenas o dever de se abster de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, como também o de promover esta dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território. O homem tem a sua dignidade aviltada não apenas quando se vê privado de alguma das suas liberdades fundamentais, como também quando não tem acesso à alimentação, educação básica, saúde, moradia, etc.<sup>47</sup>

À vista disso, a tributação deve ter como base o respeito à dignidade da pessoa humana, a qual só será alcançada se observados os ideais da justiça, consubstanciados nos princípios jurídicos tributários da legalidade, anterioridade, irretroatividade, isonomia, capacidade contributiva, vedação ao confisco, pessoalidade, proporcionalidade, progressividade e seletividade dos tributos. Ademais, a atuação estatal deve direcionar os gastos públicos para a promoção do bem-estar do cidadão.

Não obstante, o princípio da dignidade da pessoa humana tem sido utilizado como óbice ao acesso direto pela Administração Tributária aos dados bancários do contribuinte, sob a justificativa de violação a esfera íntima e privacidade do indivíduo. José Delgado<sup>48</sup> defende que o acesso indiscriminado de agentes do poder público a essas informações configura atentado aos direitos do cidadão, em especial os relativos à dignidade humana e à cidadania.

Do mesmo modo, Ives Gandra da Silva<sup>49</sup> defende que o sigilo bancário é elemento da personalidade do indivíduo, e que a maioria da sociedade espera que sua privacidade e intimidade, pessoal e patrimonial, sejam preservadas. Esses direitos buscam resguardar a dignidade do indivíduo contra ataques que possam sofrer de seus semelhantes ou do próprio Estado. Para o autor, o acesso direto pelo ente administrativo a essas informações acarretaria em violação de direitos e garantias fundamentais do contribuinte, e por conseguinte, da própria dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, Marcos Aurélio Valadão e Henrique de Arruda<sup>50</sup> argumentam que a dignidade humana não pode ser utilizada como panaceia interpretativa, descontextualizada da realidade e de outros dispositivos da própria Constituição, para vedar a fiscalização tributária e encobrir a prática de atividades ilícitas.

---

<sup>47</sup> SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 71

<sup>48</sup> DELGADO, op. cit., p. 525

<sup>49</sup> MARTINS, op. cit., p. 71

<sup>50</sup> VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira; ARRUDA, Henrique Porto de. Direitos Fundamentais, Privacidade, Intimidade, Sigilos Bancário e Fiscal, e o Consenso Internacional. **Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 34, 2014, p. 333

Augusto Cesar Leal<sup>51</sup> defende que não há qualquer lesão à intimidade e à privacidade do contribuinte, uma vez que os dados não são divulgados publicamente, havendo mera transferência do sigilo das instituições financeiras para o Estado, visando à realização da justiça fiscal, por meio da concretização dos princípios constitucionais da isonomia, da capacidade contributiva, da solidariedade tributária, da concorrência leal e de objetivos fundamentais da República, como a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária, a redução das desigualdades sociais, e a garantia de uma vida digna para todos.

### 1.3.2. Princípio da isonomia tributária

O princípio da isonomia tributária está disposto no artigo 150, II, da Constituição Federal, o qual dispõe que é vedado instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida. Está intimamente relacionado ao princípio da igualdade, previsto no caput do artigo 5º da Constituição.

O constituinte estabelece ainda, no artigo 145, § 1º, o princípio constitucional da capacidade contributiva, o qual prevê que, sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte. É facultado à Administração Tributária, dentro dos limites da lei, identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte para assegurar essa garantia. Trata-se de importante instrumento de materialização da isonomia, permitindo que o ônus tributário se distribua de acordo com o poder econômico de cada contribuinte.

Esse princípio visa a redução das desigualdades entre os cidadãos e a realização da justiça fiscal. A violação da isonomia tributária, em geral, pode ser observada em duas situações: quando se tributa um indivíduo que não possui capacidade contributiva ou quando se deixa de tributar alguém com manifesta capacidade contributiva.

Nesse sentido, Valadão e Arruda<sup>52</sup> argumentam que o conhecimento pelo Fisco dos dados bancários do contribuinte contribui para a efetivação dos princípios da capacidade contributiva e da isonomia tributária. Na medida que alguns indivíduos se utilizam de artifícios ilícitos para não contribuir da maneira devida, aqueles que contribuem devidamente acabam sofrendo um ônus maior, o que gera desequilíbrio no sistema tributário.

---

<sup>51</sup> LEAL, Augusto Cesar de Carvalho. **Sigilo Bancário e Administração Tributária Brasileira**. 1ª ed. (versão eletrônica). Brasília-DF: Advocacia-Geral da União, 2013, p. 31

<sup>52</sup> VALADÃO; ARRUDA, op. cit., p. 314

Do mesmo modo, Eurico Diniz<sup>53</sup> defende que o sigilo bancário não pode ser utilizado como óbice à realização da igualdade perante a lei. Cria-se uma discriminação injustificada entre o contribuinte que voluntariamente fornece a informação e arrecada os tributos devidos, enquanto outro oculta a prova e se aproveita de forma abusiva do direito ao sigilo, beneficiando apenas uma minoria de sonegadores e acarretando ausência de isonomia tributária e evidente desrespeito ao princípio da capacidade contributiva<sup>54</sup>.

Sustenta-se ainda a importância da isonomia tributária para assegurar a livre concorrência, consagrada pela constituição no artigo 170, inciso IV, como um dos princípios da ordem econômica, uma vez que o empresário sonegador poderá ter preços melhores do que aquele que recolhe seus tributos, caracterizando uma verdadeira concorrência desleal<sup>55</sup>.

Contrários a esse posicionamento, Martins e Locatelli<sup>56</sup> ressaltam que o art. 145, § 1º, da Constituição, não confere poderes ilimitados à fiscalização tributária, tendo em vista a ressalva constante no dispositivo que prevê respeito aos direitos individuais do cidadão. Defendem a perspectiva de que prevalece a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, de modo que a quebra do sigilo bancário deve se dar por intermédio de decisão judicial.

No mesmo sentido, Melissa Folmann<sup>57</sup> baseia sua crítica no argumento de que não é considerada a presunção de inocência do contribuinte. Alega que todos têm direito à liberdade de franquear ou não o acesso a seus dados bancários, e que se mostra equivocada a posição de que a preservação do segredo sempre visa a encobrir práticas ilícitas. Defende que havendo suspeita por parte do Fisco, a análise deve passar por um processo de ponderação de interesses, respeitando o devido processo legal, sob o crivo do judiciário, princípio que será objeto de análise no próximo tópico.

### 1.3.3. Princípio do devido processo legal

A Constituição Federal Brasileira de 1988 garante ao cidadão, no artigo 5º, inciso LIV, que todas as formalidades previstas em lei devem ser respeitadas quando se pretende restringir

---

<sup>53</sup> SANTI, Eurico Marcos Diniz de. O sigilo e a Lei Tributária: transparência, controle da legalidade, direito à prova e a transferência do sigilo bancário para a Administração Tributária na Constituição e na LC nº 105. In: PISCITELLI, Tathiane (Coord.). **Direito tributário: o direito tributário na prática dos tribunais superiores**. 1ª Edição. VitalBook file. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 182

<sup>54</sup> Ibid., p. 183. Nesse mesmo sentido: LEAL, op. cit., p. 76; FERRAZ JUNIOR, op. cit., p. 329

<sup>55</sup> BALTAZAR JUNIOR, op. cit., p. 91

<sup>56</sup> MARTINS, Rogério Lindenmeyer Vidal Gandra da Silva; LOCATELLI, Soraya David Monteiro. Comentários à Lei Complementar n. 105/2001. In MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Curso de direito tributário**. 14ª Edição. VitalBook file. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1207

<sup>57</sup> FOLMANN, op. cit., 2004, p. 135 et. seq.



a liberdade ou privar o indivíduo de seus bens. Trata-se do princípio do devido processo legal, que está intimamente ligado à garantia de acesso à justiça, ao direito ao contraditório e à ampla defesa, assim como ao postulado da reserva de jurisdição.

É consenso na doutrina que a atuação da Administração Tributária deve observar os ditames constitucionais, incluso o referido princípio. Alguns juristas vão além e defendem que o acesso a informações bancárias deve se submeter ao crivo exclusivo do poder judiciário, por se tratar de matéria sujeita à reserva jurisdicional.

Paulo Quezado e Rogério Lima<sup>58</sup> defendem a tese de que somente o Poder Judiciário possui competência para autorizar a abertura do sigilo, por se tratar de expressão da liberdade do indivíduo. Assim, uma vez que o sigilo bancário está submetido a normas e princípios de caráter constitucional, não é deferido campo de atuação ao Fisco<sup>59</sup>.

A principal crítica quanto à atuação direta da autoridade administrativa gira em torno da ausência de imparcialidade do órgão estatal<sup>60</sup>, que decide de forma autoritária e unilateral, sem oferecer oportunidade de defesa ao particular. Ao promover a fiscalização da vida tributária de determinado contribuinte, o Fisco atua em prol de interesse próprio, não sendo admissível ocupar simultaneamente a posição de julgador quanto à necessidade de abertura do sigilo. Havendo suspeita da ocorrência de atos ilícitos, cabe ao judiciário, diante do conflito de interesses entre o direito de privacidade do indivíduo e o poder de fiscalização, decidir qual deve preponderar de acordo com o caso concreto.

Para esses autores, a observância ao princípio do devido processo legal, portanto, só ocorreria através da atuação do Poder Judiciário, o qual exerce suas funções com independência em relação ao poder interessado na cobrança do tributo. Desta forma, defendem que cabe ao Judiciário resguardar do arbítrio fiscal os direitos fundamentais do contribuinte, analisando a gravidade do caso e a evidente lesão ao interesse público, em observância aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa<sup>61</sup>.

Ives Gandra Martins<sup>62</sup>, defensor dessa corrente, alega que o acesso sem autorização judicial acarreta na disseminação da insegurança jurídica, que pode gerar fuga de capital e transferência de investimentos para outros países onde o sigilo é preservado.

---

<sup>58</sup> QUEZADO; LIMA, op. cit., p. 61-62

<sup>59</sup> FOLMANN, op. cit., 2004, p. 137

<sup>60</sup> Nesse sentido: DELGADO, op. cit., p. 535-537. FOLMANN, Melissa. **Sigilo bancário e fiscal à luz da LC 105/2001 e Decreto 3.724/2001**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 109-113. FOLMANN, op. cit., 2004, p. 137-140. MARTINS; LOCATELLI, op. cit., p. 1203-1205; QUEZADO; LIMA, op. cit., p. 62; MARTINS, op. cit., p. 72-74

<sup>61</sup> MARTINS; LOCATELLI, op. cit., p. 1204

<sup>62</sup> MARTINS, op. cit., p. 72-74

A doutrina contrária rebate esse argumento alegando que não há na Constituição Federal a disposição expressa da reserva de jurisdição sobre o sigilo bancário, de modo que a atuação não é exclusiva das autoridades judiciárias<sup>63</sup>. Ademais, a Constituição viabilizou explicitamente, no artigo 145, § 1º, o acesso do Fisco ao patrimônio, aos rendimentos e às atividades econômicas do contribuinte quando houver justa causa.

Não há violação ao princípio do devido processo legal, pois, conforme ensina Paulo de Barros Carvalho, o postulado se aplica também ao processo administrativo<sup>64</sup>. A própria Constituição estabelece no artigo 5º, LV, que é assegurado aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e a ampla defesa.

Tercio Sampaio<sup>65</sup> defende que os dados bancários são acessíveis às autoridades fiscais nas condições e com as cautelas estabelecidas pela lei, então se houver processo administrativo instaurado, submetido ao sigilo fiscal, a instituição financeira deve revelar as informações bancárias indispensáveis ao exercício da Administração Tributária.

Do mesmo modo, Augusto Cesar Leal<sup>66</sup> afirma que a atuação estatal deve observar um rigoroso procedimento disciplinado em lei, o qual oferece inúmeras garantias aos particulares, em observância ao princípio constitucional do devido processo legal. O próprio ordenamento jurídico impõe o preenchimento de requisitos que afastam a possibilidade de práticas arbitrárias e indiscriminadas e prevê punições, inclusive na esfera penal, àqueles que violem o caráter sigiloso das informações obtidas.

Eurico Diniz<sup>67</sup> argumenta que é justamente o direito à prova, decorrente do princípio do devido processo legal, que possibilita a transferência dos dados bancários à Administração. Para o autor, o acesso pela autoridade fazendária constitui em mecanismo de produção de prova, na fase inquisitória, para apurar obrigação tributária existente em face do sujeito passivo, mas não adimplida. Somente após colhida tais informações seria possível a aplicação da lei ao fato material, possibilitando o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa. Ademais, ressalta que qualquer ilegalidade no procedimento administrativo estará sempre sujeita à apreciação do Poder Judiciário.<sup>68</sup>

---

<sup>63</sup> Nesse sentido: BALTAZAR JÚNIOR, op. cit., p. 153; LEAL, op. cit., p. 174; CASTRO, Aldemário Araújo de. Considerações acerca dos Sigilos Bancário e Fiscal, do Direito Fundamental de Inviolabilidade da Privacidade e do Princípio Fundamental da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado. In SARAIVA FILHO; GUIMARÃES (Coords.), op. cit., p. 423

<sup>64</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 26ª edição. VitalBook file. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 164-165

<sup>65</sup> FERRAZ JÚNIOR, op. cit., p. 452

<sup>66</sup> LEAL, op. cit., p. 174

<sup>67</sup> SANTI, op. cit., p. 183-185

<sup>68</sup> Ibid., p. 196

Em suma, defendem esses autores que a transferência de informações pressupõe a instauração de processo administrativo e é preservado o sigilo pela autoridade que a ele teve acesso, não havendo portanto violação aos direitos e garantias constitucionais do contribuinte. Além disso, o acesso de informações pelo Fisco não significa a imposição tributária imediata, pois todos os atos praticados pela administração poderão ser contrastados na esfera administrativa ou judicial<sup>69</sup>.

#### 1.3.4. Princípio da eficiência

A atuação da Administração Pública é conduzida por diversos princípios que se encontram dispostos na Constituição Federal, dentre os quais se destaca o caput do artigo 37, que prevê expressamente a obediência pelo ente administrativo aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

O princípio da eficiência foi incluído através da Emenda Constitucional nº 19 de 1998, visando que a gestão da coisa pública tenha como objetivo responder aos anseios da sociedade de forma célere e eficaz, através da diminuição da burocracia e adequado aproveitamento dos recursos disponíveis.

Alguns autores defendem que é inerente à atividade da Administração Tributária ter acesso às informações bancárias do contribuinte para o bom desempenho do seu poder de fiscalização, de modo a proporcionar ao ente administrativo os poderes fiscalizatórios indispensáveis à atuação eficiente de arrecadação tributária, para alcançar os objetivos previstos pelo constituinte. Tal autorização é concedida pela própria Constituição Federal, no artigo 145, § 1º, que estabelece como faculdade da autoridade administrativa identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Othon Pontes de Saraiva Filho alega que se for prejudicado o acesso da Administração Tributária às informações bancárias do contribuinte, o tributo deixaria de ser uma prestação pecuniária compulsória, para se tornar uma prestação voluntária, sujeita tão somente à declaração espontânea dos contribuintes, ausente portanto o poder de tributar e fiscalizar da autoridade tributária<sup>70</sup>.

---

<sup>69</sup> BALTAZAR JÚNIOR, op. cit., p. 154

<sup>70</sup> SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. **Segredos Bancário e Fiscal relacionados com a Administração Tributária e o Ministério Público**. In SARAIVA FILHO; GUIMARÃES (Coords.), op. cit., p. 33-34

Tercio Sampaio<sup>71</sup> e Leonardo Varella<sup>72</sup> defendem que a necessidade de autorização judicial inviabilizaria uma fiscalização eficiente, uma vez que praticamente todos os contribuintes utilizam o sistema bancário, o que resultaria em transformar o juiz em auxiliar da autoridade fazendária e abarrotaria o judiciário de pedidos de acesso a dados bancários, um procedimento simples de auditoria contábil-fiscal nos tempos modernos. A atividade de fiscalização não é algo eventual, de modo que o acesso a informações bancárias não pode ser visto como algo excepcional, cercado de burocracia, a demandar inúmeras intervenções judiciais<sup>73</sup>. O Estado, pautado no princípio da eficiência, deve adotar os melhores instrumentos para realizar suas tarefas e prerrogativas, o que implica o controle administrativo da informação financeira declarada pelo contribuinte, obedecidos os requisitos legais.

Os críticos desse posicionamento reiteram a necessidade de autorização judicial para o acesso aos dados bancários<sup>74</sup>, alegando que o princípio da eficiência não autoriza o acesso direto, dado a permanência dos dados ao abrigo da instituição financeira, de modo que inexistente urgência a determinar o imediato acesso. Melissa Folmann sintetiza seu posicionamento alegando que “a rapidez pode ser cômoda, mas gera insegurança e a incredibilidade do sistema”<sup>75</sup>.

Consta-se, portanto, que há um aparente conflito entre princípios fundamentais, subjacente ao acesso pelo ente administrativo aos dados protegidos pelo sigilo bancário, que protegem, de um lado, o contribuinte, amparado pelo direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, do sigilo de dados, do devido processo legal e da reserva de jurisdição, e, de outro, o poder fiscalizatório do Estado, baseado nos princípios da eficiência, da isonomia tributária, da capacidade contributiva e da justiça fiscal.

A partir da análise principiológica aqui exposta, serão examinadas as posições que predominam no ordenamento jurídico e na jurisprudência brasileira, bem como breve pesquisa do tratamento da questão no âmbito do direito internacional, a fim de compreender o panorama atual da discussão aqui enfrentada.

---

<sup>71</sup> FERRAZ JÚNIOR, op. cit., p. 327

<sup>72</sup> GIANNETTI, Leonardo Varella. O sigilo bancário e a Administração Tributária: um enfoque no paradigma do Estado Democrático de Direito. In: XVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. *Anais*, São Paulo, 2009, p. 7594. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao\\_paulo/2364.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2364.pdf)>. Acesso em 20 de set. de 2015

<sup>73</sup> BALTAZAR JÚNIOR, op. cit., p. 155

<sup>74</sup> Cf. tópico anterior: 1.3.3 Princípio do devido processo legal

<sup>75</sup> FOLMANN, op. cit., 2001, p. 113

## **2. O PANORAMA ATUAL DO SIGILO BANCÁRIO FRENTE AO INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA**

No Brasil, a promulgação da Lei Complementar nº 105/2001 reacendeu o debate sobre o sigilo bancário. Por um lado, há o interesse em combater a sonegação fiscal e investigar movimentações de valores decorrentes de práticas ilícitas, por outro, alega-se a inviolabilidade da privacidade e intimidade do indivíduo, que só poderia ser relativizada pelo Poder Judiciário.

A jurisprudência brasileira ainda não pacificou o entendimento a respeito da transferência direta ao Fisco de informações e dados bancários do contribuinte, sem necessidade de autorização judicial prévia.

Em contrapartida, o Brasil assumiu, em setembro de 2009, compromisso com o Fórum Global para Transparência e Troca de Informações Tributárias, criado pela OCDE, que possui como um de seus objetivos implementar padrões internacionais nas leis e práticas internas dos países no que diz respeito ao acesso à informação pelas autoridades tributárias, visando o combate à evasão fiscal<sup>76</sup>.

Sob essa perspectiva, serão analisadas a seguir as inovações trazidas pela LC 105/2001, a posição do Supremo Tribunal Federal a respeito da constitucionalidade da referida lei, bem como o tratamento internacional e a orientação da OCDE no âmbito do sigilo bancário, para uma adequada compreensão do panorama atual do sigilo bancário em face do interesse da Administração Tributária brasileira.

### **2.1. Análise da Lei Complementar nº 105/2001<sup>77</sup>**

O Projeto de Lei do Senado Federal nº 219 de 1995, de autoria do Senador Lúcio Alcântara, representou um marco na disciplina do sigilo bancário ao propor ampla revisão da matéria, considerando a defasagem do art. 38 da Lei nº 4.595/64. Após diversos debates, especialmente em relação à relativização do sigilo em face da autoridade fiscal, o projeto foi

---

<sup>76</sup> Informações extraídas do site da Secretaria de Assuntos Internacionais – SAIN, do Ministério da Fazenda, na página sobre o Fórum Global para Transparência e Troca de Informações Tributárias, disponível em: <<http://www.sain.fazenda.gov.br/assuntos/politicas-institucionais-economico-financeiras-e-cooperacao-internacional/forum-global-para-transparencia-e-troca-de-informacoes-tributarias>> Acesso em 06/11/2015

<sup>77</sup> Ao estudar a disciplina do sigilo bancário, é possível se deparar com um extenso regramento jurídico que disciplina a matéria, incluindo leis, decretos e instruções normativas. Nesse sentido, para atender o fim almejado pelo presente trabalho, optou-se por centralizar a análise na Lei 105/2001, considerada um marco jurídico sobre o tema, visto que as demais normas, em geral, apenas regulamentam a matéria tratada pela referida lei.

aprovado e deu ensejo a Lei Complementar nº 105 de 2001<sup>78</sup>, responsável pela regulação geral do sigilo financeiro no Brasil.

O caput do artigo 1º da referida lei impõe a regra geral de manutenção do sigilo pelas instituições financeiras em relação às operações ativas e passivas e serviços prestados, ao passo que os §§ 1º e 2º delimitam a abrangência do termo instituições financeiras, *in verbis*:

Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 1º São consideradas instituições financeiras, para os efeitos desta Lei Complementar:

I – os bancos de qualquer espécie;

II – distribuidoras de valores mobiliários;

III – corretoras de câmbio e de valores mobiliários;

IV – sociedades de crédito, financiamento e investimentos;

V – sociedades de crédito imobiliário;

VI – administradoras de cartões de crédito; ‘o

VII – sociedades de arrendamento mercantil;

VIII – administradoras de mercado de balcão organizado;

IX – cooperativas de crédito;

X – associações de poupança e empréstimo;

XI – bolsas de valores e de mercadorias e futuros;

XII – entidades de liquidação e compensação;

XIII – outras sociedades que, em razão da natureza de suas operações, assim venham a ser consideradas pelo Conselho Monetário Nacional.

§ 2º As empresas de fomento comercial ou factoring, para os efeitos desta Lei Complementar, obedecerão às normas aplicáveis às instituições financeiras previstas no § 1º.

O artigo 2º da LC 105/2001 estende o dever de sigilo ao Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários, em relação às operações que realizarem e às informações que obtiverem no exercício de suas atribuições.

Tendo em vista o propósito a que se destina o presente trabalho, merecem atenção especial os artigos 5º e 6º, os quais propiciam às autoridades fazendárias o acesso aos dados bancários dos contribuintes, sem necessidade de prévia autorização judicial.

O artigo 5º da lei sob comento dispõe que as instituições financeiras devem enviar periodicamente à Administração Tributária Federal as informações relativas às operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços, de acordo com os critérios estabelecidos pelo Poder Executivo. O dispositivo estabelece, portanto, a fiscalização-vigilância como privilégio da União.

O § 1º do artigo 5º cuidou em delimitar o alcance do termo operações financeiras, o qual abrange pagamentos, empréstimos, depósitos, descontos, aplicações financeiras, serviços

<sup>78</sup> BRASIL. **Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001**. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp105.htm)> Acesso em 12/11/2015

de câmbio, custódia de títulos, operações com cartão de crédito, dentre outras operações autorizadas pelo órgão competente. O § 2º, por sua vez, restringiu as informações àquelas relacionadas com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedando a inserção de dados que permitam identificar a origem ou natureza dos gastos efetuados. E o § 3º exclui a transferência de informações à autoridade fiscal relativa às operações financeiras efetuadas pelas administrações direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios<sup>79</sup>.

Havendo a suspeita de incorreções, falhas, omissões ou cometimento de ilícito fiscal após o recebimento das informações, o § 4º, do artigo 5º, faculta à autoridade interessada requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para apuração dos fatos. Por fim, o § 5º faz a ressalva de que as referidas informações serão conservadas sob sigilo fiscal, de acordo com a legislação em vigor.

Em 28 de novembro de 2002 foi publicado o Decreto 4.489, com objetivo de regulamentar o art. 5º da Lei Complementar nº 105/2001. O referido decreto estabelece, em síntese, que as instituições financeiras e as entidades a elas equiparadas deverão prestar informações à Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda relativo às operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços, desde que o montante global movimentado no mês seja superior ao limite de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para pessoas físicas e de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para pessoas jurídicas. A identificação dos usuários será efetuada pelo número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) e pelo número de identificação existente na instituição financeira.

Ademais, a Lei Complementar nº 105/2001 prevê em seu artigo 6º a possibilidade de exame dos documentos, livros e registros das instituições financeiras, desde que exista processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. O parágrafo único faz a ressalva de que o resultado dos exames, as informações e os documentos examinados serão conservados sob o sigilo fiscal, de acordo com a legislação tributária.

---

<sup>79</sup> Há caloroso debate na doutrina e na jurisprudência a respeito da proteção ao sigilo bancário em relação aos recursos públicos de órgãos da Administração Pública. Concordamos com a posição adotada por Baltazar Júnior (op. cit., p. 81-82), o qual defende que a atividade financeira do Estado não se submete ao sigilo, com a ressalva do interesse público na preservação das informações, uma vez as pessoas jurídicas de direito público são regidas pelo princípio da publicidade dos seus atos, de modo que o artigo, 5º, §3º, da Lei 105/2001, vai de encontro a esse princípio.

O referido artigo foi regulamentado pelo Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, o qual prescreve, em suma, que a Secretaria da Receita Federal do Brasil, por intermédio de servidor ocupante do cargo de Auditor-Fiscal (artigo 2º, caput), deve requerer o acesso aos dados bancários do contribuinte através do envio à instituição financeira da Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira – RMF (artigo 4º, § 1º), com intimação prévia do contribuinte para apresentação voluntária das informações solicitadas (artigo 4º, § 2º). Ademais, o artigo 2º, § 2º, determina que o procedimento fiscal em questão é aquele estabelecido pelo artigo 7º e seguintes do Decreto nº 70.235 de 1972, isto é, o processo administrativo fiscal. E o artigo 3º delimita as hipóteses em que o exame dos documentos é considerado indispensável para o prosseguimento do processo administrativo em curso.

A redação do artigo muito se assemelha ao revogado artigo 38, § 5º, da Lei nº 4.595 1964<sup>80</sup>, conhecida como a Lei do Sistema Financeiro Nacional. A grande novidade é a expressa autorização para acesso direto por parte do ente administrativo às informações bancárias dos contribuintes, afastando qualquer interpretação sobre a necessidade de instauração de processo judicial. Ademais, o dispositivo anterior mencionava apenas os agentes fiscais tributários da União e dos Estados, ensejando dúvida sobre a aplicabilidade da regra aos fiscais municipais, a qual foi superada.

A edição da Lei Complementar nº 105/2001, no entanto, suscitou diversos embates doutrinários e jurisprudenciais acerca de suposta afronta a direitos individuais protegidos por cláusula pétrea, sendo objeto de diversas ações diretas de constitucionalidade, as quais alegam, em geral, violação ao artigo 5º, incisos X, XII, XXXV, LIV e LV, e § 1º do artigo 145 da Constituição Federal.

## **2.2. Jurisprudência do STF após a Lei Complementar nº 105/2011<sup>81</sup>**

Encontram-se no judiciário diversas ações que contestam a constitucionalidade dos artigos 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/01. Foram propostas as seguintes Ações Diretas de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (STF):

---

<sup>80</sup> In verbis: Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. [...] § 5º Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente.

<sup>81</sup> Em virtude do recorte temático adotado no presente trabalho, a análise jurisprudencial se dará no âmbito do Supremo Tribunal Federal, visto a competência da referida Corte para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em sede de controle concentrado, de modo que sua decisão possui eficácia genérica e obrigatória, vinculando os demais órgãos judiciários.



- a) ADIn 2386, proposta pela Confederação Nacional do Comércio (CNC), discute a constitucionalidade dos artigos 5º e 6º da Lei Complementar nº 105 /01, alegando infração ao art. 5º, X, da Constituição;
- b) ADIn 2390, proposta pelo Partido Social Liberal (PSL), argui a inconstitucionalidade do artigo 1º, § 4º, inciso I, e artigos 5º e 6º, da Lei Complementar nº 105/01, bem como a totalidade do Decreto nº 3.724/01, com fundamento constitucional no artigo 5º, incisos X, XII e LIV;
- c) ADIn 2397, proposta pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), questiona a constitucionalidade do artigo 3º, § 3º, 5º e 6º, todos da Lei Complementar nº 105/01, do Decreto nº 3724/01, dentre outros. Alega afronta aos artigos 5º, caput e incisos X, XII, XXXV, LIV e LV e 145, § 1º, da Constituição Federal;
- d) ADIn 2859, proposta pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), contesta a constitucionalidade do artigo 5º da Lei Complementar nº 105/01, do Decreto nº 4489/02 e do Decreto nº 4545/02<sup>82</sup>, por afronta aos artigos 2º, 5º, caput e incisos II, X, XII, LIV, LV e LVI, 48, inciso XIII, 84, inciso IV e 192, da Constituição.
- e) ADIn 4006, proposta pela Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL), a qual impugna a Instrução Normativa 802/2007, que regula o art. 5º da Lei Complementar nº 105/2001, por violação ao inciso XII, do artigo 5º, da Constituição;
- f) ADIn 4010, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que ataca o artigo 5º da Lei Complementar nº 105/2001, com fundamento constitucional no artigo 5º, incisos X, XII e LV.

As ADIns 2386, 2397 e 2859 foram apensadas à ADIn 2390, para processo e julgamento conjuntos, em razão da coincidência dos objetos, todas atinentes a preceitos que propiciam o acesso da Administração Pública a dados da movimentação financeira do contribuinte, independentemente de ordem judicial. O argumento levantado nas ações é convergente, levantando supostas violações aos incisos X (intimidade e vida privada), XII (sigilo de dados), XXXV (inafastabilidade da jurisdição), LIV (devido processo legal) e LV (contraditório e ampla defesa), do artigo 5º, e ao § 1º do artigo 145, da Constituição Federal. As ações aguardam julgamento e estão atualmente com a relatoria do Ministro Dias Toffoli.

As ADIns 4006 e 4010 haviam sido distribuídas por prevenção ao Ministro Menezes Direito, visto que as ADIns 2386, 2390, 2397 e 2859, sob sua relatoria, tratam da mesma

---

<sup>82</sup> O Decreto 4545/02 dispõe sobre a prestação de informações de que trata o Decreto nº 4.489/02.

temática. O relator foi substituído pelo Ministro Dias Toffoli, no entanto, este declarou-se impedido em virtude de atuação anterior nos autos, na qualidade de Advogado-Geral da União. Atualmente a relatoria das referidas ações está com a Ministra Rosa Weber.

O assunto também foi objeto das ADIns 2406 e 2389, que impugnaram a utilização pela Administração Tributária dos dados obtidos através da CPMF<sup>83</sup>, no entanto, foram declaradas prejudicadas em decorrência do fim do referido tributo.

A Procuradoria-Geral da República emitiu parecer, nos autos das ADIns 2390 e 4010, pela constitucionalidade dos dispositivos legais impugnados, alegando que o direito ao sigilo bancário não possui caráter absoluto; não há quebra de sigilo, mas tão somente transferência do dever de manutenção de sigilo das instituições financeiras para a Administração Pública, não havendo violação à intimidade e à privacidade do contribuinte; e o acesso direto pela autoridade fiscal está em consonância com a Constituição ao propiciar a efetividade da fiscalização tributária.

Não houve ainda o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, dos aludidos processos.

Nesse ponto, interessante citar também o Recurso Extraordinário nº 601.314/SP, atualmente sob a relatoria do Ministro Edson Fachin, que foi interposto contra decisão que considerou constitucional o artigo 6º da Lei Complementar nº 105/01. O recorrente alegou que o dispositivo constitui quebra de sigilo bancário, violando o artigo 5º, X e XII, da Constituição Federal. Foi reconhecida a existência de repercussão geral na matéria, no entanto o recurso também aguarda julgamento, não havendo portanto decisão vinculante sobre o tema, que permanece indefinido e controverso.

A referida Corte já se pronunciou, após a Lei Complementar nº 105/2001, em sentidos conflitantes: ora pela necessidade de autorização judicial, ora pela sua desnecessidade, conforme se observa no julgamento do Recurso Extraordinário 389.908/PR.

O conflito foi desencadeado após o Banco Santander cientificar a empresa GVA Indústria e Comércio S/A que iria fornecer as informações requeridas em mandado pela

---

<sup>83</sup> A Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF) foi instituída através da Lei 9311/96 e vigorou até 31/12/2007. O tributo incidiu, em regra, sobre todas as movimentações bancárias dos contribuintes. O § 2º do art. 11, da referida lei, determinou a obrigação, às instituições financeiras responsáveis pela retenção da contribuição, de prestar informações à Secretaria da Receita Federal referentes à identificação dos contribuintes e aos valores globais das respectivas operações, vedando, no § 3º, a utilização desses dados para constituição do crédito relativo a outras contribuições ou impostos. A Lei 10.174/2001, contudo, alterou a redação desse dispositivo para permitir o cruzamento das informações prestadas com a declaração de eventuais créditos tributários referentes a outros tributos. Os aludidos dispositivos foram alvo de várias discussões doutrinárias e jurisprudenciais, no entanto, não houve julgamento definitivo da matéria, que restou prejudicada com o fim do referido tributo.

Delegacia da Receita Federal do Brasil, a qual solicitou, em sede de procedimento fiscal, com fundamento na Lei Complementar nº 105/01, a entrega de extratos e demais documentos relativos à movimentação bancária da empresa no período de 1998 a julho de 2001.

A requerente, GVA Indústria e Comércio S/A, impetrou Mandado de Segurança com o objetivo de afastar a aplicação da lei em comento e impedir que a Receita Federal obtivesse acesso às suas informações bancárias. O juiz da 1ª Vara Federal de Ponta Grossa denegou a segurança, a qual foi confirmada pela Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4), em sede de apelação.

A empresa interpôs recurso extraordinário perante o STF alegando transgressão aos incisos X e XII do artigo 5º da Constituição Federal, e ajuizou ação cautelar, incidental ao RE 389.808/PR, requerendo aplicação do efeito suspensivo ao recurso.

O Relator, Ministro Marco Aurélio, deferiu a liminar pleiteada na Ação Cautelar 33<sup>84</sup>, para preservar possível decisão favorável ao contribuinte, uma vez que o artigo 5º, inciso XII, da Constituição, somente autoriza a inviolabilidade do sigilo de dados por meio de ordem judicial. O ministro conferiu a eficácia suspensiva ao recurso, vedando o fornecimento de informações bancárias da requerente à Receita Federal, até a decisão final do extraordinário.

Todavia, cerca de sete anos depois, o Plenário do STF, por 6 votos a 4, negou referendo à cautelar concedida pelo relator.

O Ministro Marco Aurélio referendou o ato que concedeu o efeito suspensivo ao recurso, seguido por Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso e Celso de Melo.

O Ministro Celso de Melo<sup>85</sup> defendeu que cabe ao Poder Judiciário garantir o efetivo respeito aos direitos e garantias fundamentais assegurados constitucionalmente ao contribuinte, de modo a neutralizar eventuais abusos das entidades governamentais, no caso a Receita Federal. Entendeu inafastável a necessidade de autorização judicial para decretar a quebra do sigilo bancário, corolário dos direitos à intimidade, à privacidade e à inviolabilidade de dados, previstos pela Constituição Federal.

O Ministro Joaquim Barbosa abriu divergência para cassar a liminar deferida, acompanhado pelos Ministros Ayres Britto, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Ellen Gracie, mas não assumiu posição acerca do mérito, reconhecendo somente a inexistência dos requisitos justificadores de uma tutela antecipada, em especial à verossimilhança, por se tratar de questão controvertida nos tribunais.

---

84 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Cautelar 33/PR. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Data de Publicação: DJe 10/02/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpup/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618868>> Acesso em 07/11/2015

<sup>85</sup> Ibid., p. 74-75

O Ministro Dias Toffoli<sup>86</sup> defendeu que não há quebra de sigilo, mas mera transferência de dados ao ente administrativo que manterá a obrigação do segredo, adotando posicionamento pela constitucionalidade do artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001. Seguindo o mesmo entendimento, a Ministra Ellen Gracie<sup>87</sup> alegou que privacidade se opõe à publicidade, o que não ocorre com o Acesso pelo Fisco à movimentação bancária do contribuinte, que preserva os dados do conhecimento público. Defende ainda que deve haver uma ponderação de princípios, tendo em vista que:

[a] inviolabilidade da vida privada e o sigilo de dados devem ser preservados, porque constitucionalmente assegurados, mas não como empecilho a uma tributação capaz de concretizar os princípios da personalidade e da capacidade contributiva, tampouco como escudo para o descumprimento do dever, também fundamental e constitucional, de pagar tributos.

A ministra concluiu que não há cláusula expressa que assegure a reserva de jurisdição à disciplina do sigilo bancário.

Entretanto, no julgamento do recurso extraordinário<sup>88</sup>, o STF assentou, por apertada maioria, a existência de reserva de jurisdição para a matéria, decidindo pela inconstitucionalidade do art. 6º da LC 105/2001.

O relator, Ministro Marco Aurélio<sup>89</sup>, manifestou entendimento de que o sigilo bancário não é absoluto, mas só pode ser afastado pela autoridade judiciária, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal, jamais para cobrança de tributo. Alegou que a Receita Federal é parte na relação jurídico-tributária, e a exceção só pode ser afastada por órgão equidistante. Deferiu o recurso para afastar a possibilidade da Receita Federal ter acesso direto aos dados bancários da recorrente, sem ordem emanada do Judiciário.

Os Ministros Ricardo Lewandowski<sup>90</sup> e Gilmar Mendes<sup>91</sup> seguiram o relator, afirmando que o Judiciário é o guardião dos direitos fundamentais e a ruptura da esfera de intimidade de qualquer pessoa não pode ser manipulada de modo arbitrário por qualquer órgão, concordando com a existência do princípio da reserva da jurisdição para o sigilo bancário, mas discordaram da exigência de investigação criminal.

---

<sup>86</sup> Ibid., p. 56-57

<sup>87</sup> Ibid., p. 64-65

<sup>88</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 389.808/PR**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Data de Publicação: DJe 10/05/2011. Disponível em: <[http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/pagina\\_dor.jsp?docTP=AC&docID=622715](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/pagina_dor.jsp?docTP=AC&docID=622715)> Acesso em 07/11/2015

<sup>89</sup> Ibid., p. 223-229

<sup>90</sup> Ibid., p. 234

<sup>91</sup> Ibid., 238-240

O Ministro Dias Toffoli<sup>92</sup> abriu divergência e manteve seu posicionamento de que não há quebra de sigilo bancário, mas somente a transferência do dever de manter o sigilo. As Ministras Carmen Lucia e Ellen Gracie e o Ministro Ayres Britto seguiram o voto de divergência.

O Ministro Ayres Britto<sup>93</sup> destacou que a Constituição prestigia o Fisco em diversas passagens, com a finalidade de facilitar a atividade fazendária, conforme pode ser observado nos artigos 37, XXII e 145, § 1º. Para ele, a Constituição veda no artigo 5º, inciso XII, a interceptação clandestina da comunicação de dados, não o acesso aos dados. Concluiu que o direito constitucional à privacidade busca preservar os dados do ser, que é absoluto, diz respeito a esfera íntima do indivíduo, e não os dados do ter, que é relativo, como é o caso do patrimônio.

Já os Ministros Celso de Mello e Cezar Peluso votaram pelo provimento do recurso, acompanhando o voto do relator. O Ministro Celso de Mello, amparado em amplo arcabouço doutrinário, destacou que:

Na realidade, a circunstância de a administração estatal achar-se investida de poderes excepcionais que lhe permitem exercer a fiscalização em sede tributária não a exonera do dever de observar, para efeito do correto desempenho de tais prerrogativas, os limites impostos pela Constituição e pelas leis da República, sob pena de os órgãos governamentais incidirem em frontal desrespeito às garantias constitucionalmente asseguradas aos cidadãos em geral e aos contribuintes, em particular.<sup>94</sup>

Argumentou que o direito ao sigilo bancário só pode ser suspenso excepcional e motivadamente por órgão investido de competência jurídica, e desde que essa medida seja indispensável e não exista nenhum meio menos gravoso para a consecução de tais objetivos, conforme complementou:

Tenho enfatizado, por isso mesmo, que a quebra do sigilo bancário, ato que se reveste de extrema gravidade jurídica, só deve ser decretada, e sempre em caráter de absoluta excepcionalidade, quando existentes fundados elementos que justifiquem, a partir de um critério essencialmente apoiado na prevalência do interesse público, a necessidade de revelação dos dados pertinentes às operações financeiras ativas e passivas resultantes da atividade desenvolvida pelas instituições bancárias. A relevância do direito ao sigilo bancário impõe, por isso mesmo, a cautela e prudência ao Poder Judiciário na determinação de ruptura da esfera de privacidade individual que o ordenamento jurídico, em norma de salvaguarda, pretendeu submeter à cláusula tutelar de reserva constitucional (art. 5, X, CF).<sup>95</sup>

---

<sup>92</sup> Ibid., p. 230-232

<sup>93</sup> Ibid., p. 235-237

<sup>94</sup> Ibid., p. 259

<sup>95</sup> Ibid., p. 267

Dessa forma, o Tribunal decidiu por 5 votos a 4, ausente o Ministro Joaquim Barbosa, pelo provimento do recurso extraordinário, declarando, em sede de controle difuso, a inconstitucionalidade do artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001.

O referido acórdão tem sido utilizado como precedente em diversos julgamentos, no entanto, não se pode considerar que o tema tenha sido pacificado, pois a decisão é destituída de efeito *erga omnes* e de eficácia vinculante, existindo ainda decisões contrárias no âmbito do próprio Tribunal. A definição do tema caberá ao precedente a ser estabelecido no julgamento do Recurso Extraordinário 601.314/SP, com repercussão geral reconhecida, ou das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, citadas acima.

Pois bem, passaram-se mais de quatorze anos da edição da lei e a discussão ainda permanece indefinida no âmbito do Supremo Tribunal Federal, apesar da relevante importância da questão, cujo reflexo se estende para o âmbito externo, uma vez que os efeitos dessa decisão podem repercutir na atuação do Brasil no tocante à transparência e intercâmbio de informações com outros países, tema que tem ganhado crescente força no contexto internacional como forma de combate à evasão fiscal, como será analisado a seguir.

### **2.3. O Sigilo bancário na Seara Internacional**

No âmbito internacional, a globalização e a expansão mundial do comércio favoreceram e intensificaram o acesso a sistemas bancários estrangeiros. Hoje em dia, transações financeiras, nacionais ou internacionais, podem ser efetuadas de forma eletrônica e imediata.

Essa dinamicidade, no entanto, tem facilitado a ocorrência de abusos motivados pela dificuldade na identificação da origem e destino dessas transações. Nesse contexto, o sigilo bancário em face da Administração Tributária tem sido preocupação constante da OCDE (Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento)<sup>96</sup>, que tem incentivado mecanismos de cooperação mútua em matéria fiscal com o objetivo de combater a prática de

---

<sup>96</sup> A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE atua nos âmbitos internacional e intergovernamental e é composta por 34 países membros, incluindo países desenvolvidos e alguns em desenvolvimento. A organização tem como objetivo o intercâmbio de informações e o alinhamento políticas, para potencializar o crescimento econômico e colaborar com o desenvolvimento dos países que a compõem. Embora não seja membro da OCDE, em 2012 o Brasil tornou-se *key partner* (parceiro-chave) da organização, participando ativamente dos comitês e grupos de trabalho de seu interesse, que envolvem o combate à corrupção, padrões de conduta para empresas multinacionais e políticas de concorrência e de fomento do investimento estrangeiro direto. (Informações extraídas do site da Secretaria de Assuntos Internacionais – SAIN, do Ministério da Fazenda, disponíveis em: <<http://www.sain.fazenda.gov.br/assuntos/politicas-institucionais-economico-financeiras-e-cooperacao-internacional/ocde>> Acesso em: 10/11/2015).

atividades ilícitas, tais como a sonegação fiscal, a lavagem de dinheiro e o financiamento ao terrorismo<sup>97</sup>.

Em 1998, a OCDE elaborou o relatório *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*<sup>98</sup>, que debateu os prejuízos e impactos causados pelos paraísos fiscais e regimes fiscais privilegiados, e recomendou algumas medidas para combater tais práticas.

Inicialmente, o relatório abordou que a globalização encorajou muitos países a modernizar os seus sistemas tributários e reduzir as barreiras fiscais com o objetivo de aumentar o fluxo de capital e promover o seu desenvolvimento econômico, fazendo com que as empresas e indivíduos busquem jurisdições com baixa tributação ou regime fiscal privilegiado para transferir parte de seus negócios<sup>99</sup>. Contudo, essa prática tem propiciado a criação de paraísos fiscais, que, através de uma concorrência fiscal nociva, praticam baixa ou nenhuma tributação sobre os rendimentos de capital de não residentes<sup>100</sup>, gerando efeitos negativos tanto no âmbito interno quanto externo, tais como: distorção do sistema financeiro, desvio de investimentos nacionais e mudanças indesejadas da carga tributária de diversos países, que passam a onerar bases menos instáveis, como os rendimentos salariais, a propriedade e o consumo<sup>101</sup>.

Disposições rigorosas acerca do sigilo bancário e outras proteções que dificultam o controle pela autoridade tributária são um dos principais critérios para identificar os paraísos fiscais<sup>102</sup>. Desse modo, a recomendação nº 7 do relatório estabelece que os países devem rever as suas leis, regulamentos e práticas que regem o acesso a informações bancárias com vista a eliminar os obstáculos ao acesso a tais informações pela autoridade fiscal<sup>103</sup>.

---

<sup>97</sup> O acesso às informações bancárias pelo ente administrativo tem importância além da área estritamente tributária, visto que são utilizadas na prevenção e combate a diversos tipos de crime. No entanto, tendo em vista o objetivo a que se pretende o presente trabalho, serão analisadas especificamente as trocas de informações baseadas no combate à sonegação fiscal. Para um estudo mais detalhado a respeito da troca de informações financeiras com objetivo de persecução penal, podem ser analisados os trabalhos do *Financial Action Task Force* (FATF), ligado à OCDE, cujo objetivo é estimular a transparência no sistema financeiro para propiciar a identificação de atividades criminosas, e, no âmbito nacional, do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), que atua na prevenção e combate ao crime de lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo.

<sup>98</sup> OECD. *Harmful tax competition: an emerging global issue*. Paris: OECD Publishing, 1998. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/transparency/44430243.pdf>> Acesso em 10/11/2015

<sup>99</sup> Ibid., p. 13-14

<sup>100</sup> Nesse caso, a tributação sobre ganhos de capital, como doações e herança, obrigações sobre imóveis, dividendos, ganhos com patente e outros direitos autorais, normalmente devidos pelos residentes de qualquer país, deixam de ser pagos pelos não residentes. OLIVEIRA, Marcelo Ramos de. Paraísos fiscais: inferno para as finanças públicas e para o bem comum. CATTANI, Antonio David; OLIVEIRA, Marcelo Ramos de (Orgs.). *A Sociedade justa e seus inimigos*. Porto Alegre, Tomo Editorial, 2012, p. 98-99

<sup>101</sup> Ibid., p. 16

<sup>102</sup> Ibid., p. 24

<sup>103</sup> Ibid., p. 45-46

Essa postura foi reforçada em 2000 pela Comissão de Assuntos Fiscais da OCDE, através da publicação do relatório *Improving Access to Bank Information for Tax Purposes*<sup>104</sup>.

O documento analisou as posições dos países membros quanto ao sigilo bancário e propôs medidas com o objetivo de melhorar o acesso pelas administrações tributárias às informações financeiras dos contribuintes, de forma a promover uma atuação fiscal efetiva e possibilitar o intercâmbio dessas informações entre os países.

O Comitê reconheceu a importância do sigilo bancário como requisito de qualquer sistema financeiro saudável, de modo que a autorização de acesso a esses dados por motivos fiscais deve ser realizada com a devida precaução para garantir que a informação seja utilizada exclusivamente por razões especificadas em lei e sejam protegidas contra qualquer divulgação não autorizada, para assegurar a confidencialidade da informação e os direitos dos contribuintes<sup>105</sup>.

O relatório abordou também os prejuízos fiscais causados pela impossibilidade de acesso a informação bancária, dentre os quais se destacam: a redução dos mecanismos para a administração cobrar a dívida tributária; a distribuição injusta da carga fiscal entre os contribuintes que cumprem a legislação e os demais; o aumento dos custos e esforços para descobrir uma informação protegida pelo sigilo; a distorção do fluxo internacional de capital; e a criação de obstáculos à cooperação internacional eficiente<sup>106</sup>. Alertou ainda que essa proibição contribui para a lavagem de dinheiro, financiamento do tráfico de drogas ilícitas, do crime organizado e demais formas de delinquência<sup>107</sup>.

O comitê entendeu como benéfica a transferência automática de informação pelas entidades financeiras para a Administração Tributária, pois possibilita confrontar as declarações dos contribuintes e serve como estímulo para declarações voluntárias<sup>108</sup>. Ademais, dentre as recomendações feitas no relatório, está o reexame das políticas e práticas que não permitem que as autoridades fiscais tenham acesso às informações bancárias, direta ou indiretamente, para fins de troca de informações em casos de atividades fiscais suspeitas, sugerindo que se modifique, se necessário, as suas leis, regulamentos e práticas administrativas<sup>109</sup>.

---

<sup>104</sup> OCDE. **Improving Access to Bank Information for Tax Purposes**. Paris: OECD Publishing, 2000. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/2497487.pdf>> Acesso em 10/11/2015

<sup>105</sup> Ibid., p. 19-20

<sup>106</sup> Ibid., p. 29-32

<sup>107</sup> Ibid., p. 30

<sup>108</sup> Idem

<sup>109</sup> Ibid., p. 14



Dada a grande relevância do tema, a organização tem influenciado também a conduta de países não filiados, como é o caso do Brasil, que aderiu ao *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes*, criado pela OCDE, o qual conta atualmente com a participação de 129 membros<sup>110</sup>. O Fórum busca implementar padrões internacionais de transparência e troca de informações fiscais, através de atividades de monitoramento e revisão por pares da implementação desses padrões nas leis e regulamentos de cada país (fase 1) e da análise da capacidade e do comprometimento das jurisdições em cooperar e promover a troca de informações, observados na prática (fase 2)<sup>111</sup>.

Esse padrão é composto de três requisitos básicos: a disponibilidade de informações, o acesso adequado à informação pelas autoridades fiscais do país e a existência de mecanismos que permitam o intercâmbio dessas informação entre os países<sup>112</sup>.

O Fórum Global tem realizado levantamentos dos sistemas jurídicos e regulamentares de seus países membros, sendo de 2010 a publicação mais recente, a qual foi disponibilizada por meio do relatório *Tax Co-operation 2010: Towards a Level Playing Field*<sup>113</sup>. A Receita Federal do Brasil, através da Nota RFB Copes/Corin n. 2011/143 sintetiza, com bastante clareza, a análise dos dados obtidos e a evolução, na ordem internacional, do acesso a dados bancários pelas autoridades fiscais:

De acordo com o documento *Tax Co-operation 2010: Towards a Level Playing Field* (Cooperação Tributária 2010: Em Direção a um Nível de Concorrência), produzido pelo Fórum Global, consoante resposta dos países, quase todas as jurisdições permitem que suas autoridades fiscais tenham acesso direto, sem necessidade de autorização judicial, a informações bancárias para fins fiscais, o que corrobora os dados apresentados até aqui. O estudo é um retrato da revolução que tem ocorrido nos últimos anos com relação à possibilidade de as autoridades fiscais terem acesso efetivo e célere a informações sobre bens e rendas, ainda que essas informações estejam em poder de instituições financeiras. Nesse sentido, setenta países responderam que permitem o acesso a informações bancárias sem autorização judicial para fins de intercâmbio de informações. Vale notar que muitos dos países que responderam ao questionário alteraram suas legislações recentemente para permitir esse acesso e, consequentemente, estarem compatíveis com os padrões de transparência estabelecidos pelo Fórum Global. A análise desses setenta países surpreende, pois muitos são tradicionais paraísos fiscais, como Bahamas, Jersey, Ilhas Virgens Britânicas, que não podem mais manter a postura de opor o sigilo bancário ao interesse da fiscalização de tributos. Por outro lado, de acordo com o

<sup>110</sup> A lista de membros pode ser consultada no site oficial da OCDE, disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/transparency/about-the-global-forum/members/>> Acesso em 11/11/2015

<sup>111</sup> Informações extraídas do site da OCDE, na página sobre o *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes*, disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/transparency/about-the-global-forum/>> Acesso em 11/11/2015

<sup>112</sup> OECD. **Terms of Reference to Monitor and Review Progress Towards Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes**. [S.l.]: OECD Publishing, 2010a, p. 3. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/transparency/about-the-global-forum/publications/terms-of-reference.pdf>> Acesso em 11/11/2015

<sup>113</sup> OECD. **Tax Co-operation 2010: Towards a Level Playing Field**. Paris: OECD Publishing, 2010b. Disponível em: <[http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/tax-co-operation-2010\\_taxcoop-2010-en](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/tax-co-operation-2010_taxcoop-2010-en)> Acesso em 11/11/2015

referido documento, apenas dezoito jurisdições ainda exigem autorização judicial para que suas autoridades fiscais tenham acesso a informações bancárias para realizar o intercâmbio de informações com autoridades fiscais de outros países. Praticamente todas as jurisdições que ainda exigem algum tipo de autorização judicial para o intercâmbio de informações financeiras entre autoridades fiscais são países pouco expressivos no cenário econômico internacional ou centros financeiros ou tradicionais paraísos fiscais, quais sejam: Botswana, Brunei, Costa Rica, Chipre, Granada, Guatemala, Jamaica, Libéria, Liechtenstein, Luxemburgo, Qatar, Santa Lúcia, Samoa, Ilhas Turcas e Caicos, Uruguai e Vanuatu<sup>114</sup>.

Quanto ao Brasil, conforme disposto no relatório, o país se posicionou afirmando que, nos termos de sua legislação, não havia restrições de acesso às informações bancárias quando indispensáveis para apuração de procedimento fiscal, podendo essas informações serem trocadas com seus parceiros<sup>115</sup>.

Ademais, conforme observa Arruda e Valadão<sup>116</sup>, o Brasil retirou em 2009 as reservas que tinha em relação ao parágrafo 5º do Modelo de Convenção sobre Renda e Capital da OCDE<sup>117</sup>, adequando-se ao padrão internacional. O artigo 26 dispõe sobre a troca de informações entre os países signatários e estabelece no seu artigo 5º que um Estado contratante não pode se recusar a fornecer informações a outra parte sob a justificativa de que as informações estão sob a disposição de um banco ou outra instituição financeira, isto é, protegidas pelo sigilo bancário. A Convenção Modelo da ONU<sup>118</sup> que objetiva conter a dupla tributação e combater a evasão fiscal, também revisou o artigo 26, trazendo disposição idêntica à da OCDE.

Em 2012 e 2013 foram realizadas no Brasil as atividades de monitoramento e revisão da legislação brasileira e a análise da capacidade efetiva do país em cooperar mutuamente com os demais membros do Fórum Global, previstas na 1ª fase<sup>119</sup> e na 2ª fase<sup>120</sup>, respectivamente.

<sup>114</sup> BRASIL. Receita Federal do Brasil. **Nota Conjunta Copes/Corin nº 2011/143** apud LEAL, op. cit., p. 64-65

<sup>115</sup> OCDE, op. cit., 2010b, p. 44

<sup>116</sup> ARRUDA; VALADÃO, op. cit., p. 338

<sup>117</sup> OCDE. **Model Convention on Income and on Capital. Condensed version**. [S.l.]: OECD Publishing, 2014, p. 40. Disponível em: <<http://www.oecd.org/ctp/treaties/2014-model-tax-convention-articles.pdf>> Acesso em 14/11/2015

<sup>118</sup> ONU. **United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries**. New York: UN, 2012, p. 33. Disponível em: <[http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN\\_Model\\_2011\\_Update.pdf](http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Model_2011_Update.pdf)> Acesso em 14/11/2015

<sup>119</sup> OECD. **Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Peer Reviews: Brazil 2012: Phase 1: Legal and Regulatory Framework**. [S.l.]: OECD Publishing, 2012. Disponível em: <[http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/global-forum-on-transparency-and-exchange-of-information-for-tax-purposes-peer-reviews-brazil-2012\\_9789264168725-en](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/global-forum-on-transparency-and-exchange-of-information-for-tax-purposes-peer-reviews-brazil-2012_9789264168725-en)> Acesso em 12/11/2015

<sup>120</sup> OECD. **Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Peer Reviews: Brazil 2013: Phase 2: Implementation of the Standard in Practice**. [S.l.]: OECD Publishing, 2013. Disponível em: <[http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/global-forum-on-transparency-and-exchange-of-information-for-tax-purposes-peer-reviews-brazil-2013\\_9789264202610-en](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/global-forum-on-transparency-and-exchange-of-information-for-tax-purposes-peer-reviews-brazil-2013_9789264202610-en)> Acesso em 12/11/2015

As análises demonstraram que a atuação do Brasil está em consonância com o padrão internacional de transparência e troca de informações para efeitos fiscais e que o país é considerado um parceiro confiável e cooperativo<sup>121</sup>.

Considerando especificamente o sigilo bancário, foi observado que, desde 2001, a Receita Federal tem acesso direto a informações financeiras dos contribuintes sem autorização pela órgão judicial, desde que exista procedimento administrativo em curso, e o exame seja considerado relevante e necessário pela autoridade administrativa competente<sup>122</sup>. Foi registrado ainda que deve ser mantida a confidencialidade dessas informações, contudo, a Receita tem feito pleno uso dos seus poderes para acessar informações em resposta a solicitação de um país parceiro<sup>123</sup>.

Foi mencionado também que o sigilo bancário é reconhecido como um direito fundamental com base no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, e que, por outro lado, o artigo 145, § 1º, concede poderes de acesso aos dados bancários do contribuinte pela Administração Tributária, de modo que o sigilo não é um direito absoluto. Relatou-se que a questão tem sido tratada pela Lei Complementar nº 105/2001 e que há discussão acerca de sua constitucionalidade, pendente de decisão da Suprema Corte, de modo que a lei ainda produz efeitos, desde que o contribuinte não a questione judicialmente. O relatório reconheceu que o Tribunal não tem decisão uniforme, mas, apesar do RE 389808/PR<sup>124</sup> ter decidido favoravelmente ao contribuinte, trata-se de caso individual e que diz respeito a propósitos nacionais, não interferindo a priori no intercâmbio de informações de interesses internacionais, no entanto, há o alerta para que o impacto dessa restrição seja monitorado<sup>125</sup>. A previsão de reavaliação do Brasil é para o ano de 2018<sup>126</sup>.

---

<sup>121</sup> Desde 2001, com a edição da Lei Complementar nº 104, foi adicionado ao art. 199, do Código Tributário Nacional, parágrafo único que prevê a possibilidade de troca de informações fiscais com países estrangeiros, conforme a adesão a tratados, acordos ou convênios. In verbis: “Art. 199 [...] Parágrafo único. A Fazenda Pública da União, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, poderá permutar informações com Estados estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos”. Ao adentrar na esfera do sigilo fiscal, o referido dispositivo tem sido alvo de diversos embates a respeito da sua constitucionalidade, que muito se assemelham a discussão tratada nesse trabalho. No entanto, tendo em vista o objetivo aqui almejado e a limitação de espaço, o foco será mantido na análise do sigilo bancário.

<sup>122</sup> OCDE, op. cit., 2012, p. 54

<sup>123</sup> OCDE, op. cit., 2013, p. 70

<sup>124</sup> Cf tópico 2.2

<sup>125</sup> OCDE, op. cit., 2013, p. 76-77

<sup>126</sup> Informação extraída do site da Secretaria de Assuntos Internacionais – SAIN, do Ministério da Fazenda, disponível em: <<http://www.sain.fazenda.gov.br/assuntos/politicas-institucionais-economico-financeiras-e-coope-racao-internacional/forum-global-para-transparencia-e-troca-de-informacoes-tributarias>> Acesso em 11/11/2015

Outro marco importante<sup>127</sup> para a relativização do sigilo bancário no Brasil foi a recente adesão, em setembro de 2014, ao *Foreign Account Tax Compliance Act* – FATCA, um acordo com os Estados Unidos de cooperação intergovernamental mútua para troca automática de informações financeiras e tributárias, o qual foi promulgado pelo Decreto nº 8506, de 24 de agosto de 2015<sup>128</sup>.

O Governo dos Estados Unidos da América criou o FATCA com o objetivo de combater a evasão fiscal de contribuintes norte-americanos que utilizam contas estrangeiras para burlar o fisco. Em geral, as instituições financeiras que não aderirem ao programa estão sujeitas à retenção na fonte de 30% sobre os pagamentos de origem norte-americanos que lhes foram feitas<sup>129</sup>.

Por fim, vale ressaltar a adesão do Brasil à convenção *Automatic Exchange of Financial Information in Tax Matters* – AEOI, a qual prevê o intercâmbio automático entre os países signatários das informações financeiras de indivíduos que movimentam valores bancários em jurisdições estrangeiras. Cinquenta e oito jurisdições irão implementar o acordo em 2017 e trinta e seis em 2018, incluso o Brasil nesse último grupo<sup>130</sup>. Para a implementação desse acordo, o Fórum Global determina que sejam realizadas reformas internas, a fim de garantir precisão e eficiência na troca de informações, bem como ressalta a necessidade de observância mútua de rígidos controles para proteção do sigilo desses dados.

O Fórum aposta na ampla adesão ao referido tratado, visto que os esforços para combater a evasão fiscal e a concorrência desleal em matéria tributária não serão eficazes se for realizado entre um conjunto restrito de jurisdições, devendo ser implementado em nível global para extinguir os chamados paraísos fiscais.

Observa-se, portanto, um crescente movimento internacional no sentido de levantar o véu do sigilo bancário às autoridades tributárias, com o objetivo de proporcionar uma

<sup>127</sup> Relevante destacar que o Brasil possui em vigor 32 acordos internacionais para evitar a bitributação, os quais trazem a cláusula que possibilita a troca de informações solicitada pelo país parceiro (Informação extraída do site <<http://www.eoi-tax.org/jurisdictions/BR#agreements>> Acesso em 12/11/2015). O FATCA inova ao permitir o intercâmbio automático e espontâneo de informações de contas bancárias, de modo que os dados ficam disponíveis para a Administração Tributária confrontar com a situação fiscal do contribuinte.

<sup>128</sup> BRASIL. **Decreto 8506, de 24 de agosto de 2015**. Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América para Melhoria da Observância Tributária Internacional e Implementação do FATCA, firmado em Brasília, em 23 de setembro de 2014 Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8506.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8506.htm)> Acesso em 12/11/2015

<sup>129</sup> Informações extraídas do site da *Internal Revenue Service* (IRS), disponível em: <<https://www.irs.gov/Businesses/Corporations/Foreign-Account-Tax-Compliance-Act-FATCA>> Acesso em 12/11/2015

<sup>130</sup> OCDE. **8th Meeting of the Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes**, Bridgetown, 29-30 out. 2015, p. 3. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/transparency/statement-of-outcomes-2015.pdf>> Acesso em 12/11/2015

cooperação internacional célere e eficiente e viabilizar a atuação adequada da fiscalização tributária, a fim de combater a evasão fiscal e promover a justiça fiscal.

Consciente dessa situação, Arnaldo Sampaio Moraes Godoy<sup>131</sup> levanta preocupação com a hipótese de prevalecer o entendimento, no âmbito brasileiro, da oponibilidade do sigilo bancário às autoridades fiscais, o que configuraria a discrepância da posição brasileira com o cenário internacional e obstaculizaria o intercâmbio de informações com outros países.

Teme-se que decisão que restrinja substancialmente a celeridade de atuação fazendária possa reverter-se contra a posição brasileira na ordem internacional. Consta-se contexto favorável a medidas que promovam efetiva assistência entre os países no que se refere à fiscalização e cobrança de tributos, bem como no combate ao ilícito fiscal, por intermédio do envio de informações com conteúdo significativo e que decorram da transferência de sigilo, fiscal e bancário. É da transferência de dados de que se cuida, e que se defende, e não de sua quebra, como açodadamente alguns querem entender. [...] A correta aplicação de tais mecanismos implica nova leitura de regras fechadas referentes ao sigilo fiscal. O mundo mudou. A manter-se tendência do STF pode-se qualificar o Brasil como país sistematicamente refratário à ampla aplicação da diretiva da OCDE. Do ponto de vista institucional, e de desenho de modelo normativo orientado para o desenvolvimento, necessário que eventual posição destoante seja revista. O ambiente é de intensa cooperação internacional, especialmente à luz de algumas tendências e ênfases que se tem presentemente. [...] Referendada posição brasileira, no sentido de se exigir autorização judicial para acesso a dados bancários do contribuinte, por parte da autoridade fiscal, corre-se o risco de que nos alistemos no sinistro rol de países refratários à transparência internacional. Um paraíso fiscal para quem não atenda a obrigação tributária acessória que radica na própria Constituição (§ 1º do art. 145). E um embaraço internacional para país pujante cuja utopia de um futuro glamoroso, na previsão de Stefan Zweig, feita no início da década de 1940, se revela no presente.

Mostra-se, portanto, evidente a necessidade do Brasil evidenciar esforços para se adequar aos parâmetros adotados internacionalmente, com a imprescindível adoção de tratamento semelhante à captação de informação tanto para atender solicitações de outros países, quanto para a consecução de propósitos internos.

Nesse sentido, será abordado no próximo capítulo a possibilidade de acesso aos dados bancários do contribuinte pela Administração Tributária como orientador da realização da justiça fiscal, sob a ótica da matriz tributária brasileira.

---

<sup>131</sup> GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Fisco deve ter acesso a dados de contribuintes**. Consultor Jurídico, São Paulo, 30 maio de 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-30/autorizacao-judicial-acessar-dados-banco-compromete-transparencia>> Acesso em 13/11/2015

### 3. O SIGILO BANCÁRIO NO CONTEXTO DA ATUAL MATRIZ TRIBUTÁRIA BRASILEIRA

Ao falar em efetividade da fiscalização tributária, por meio da transferência do sigilo bancário, mostra-se essencial a realização de uma análise na perspectiva das escolhas feitas no âmbito da matriz tributária brasileira<sup>132</sup>, a fim de aproximar o fenômeno tributário da complexa realidade existente no Estado Contemporâneo.

Inicialmente, convém salientar que, no contexto brasileiro, a atuação estatal deve estar direcionada à efetivação dos direitos e garantias fundamentais estabelecidos na Constituição Federal, mediante a promoção do bem estar social e da proteção a esses direitos.

Nesse sentido, o poder fiscalizatório da Administração Pública revela-se como importante instrumento de manutenção da ordem social. Do mesmo modo, a arrecadação tributária, além de ser a principal fonte de recurso público, deve servir de instrumento para a promoção da justiça fiscal e da equidade.

Tendo isso em vista, será abordado o papel do tributo no Estado Contemporâneo, em especial no Brasil, a partir de uma abordagem detalhada de sua função e do princípio da solidariedade que o sustenta, e, por fim, tecer-se-á algumas conclusões acerca da necessidade de garantir os instrumentos necessários ao ente tributário para a execução de seus objetivos.

#### 3.1. O papel do tributo no Estado Contemporâneo

O contínuo processo evolutivo do Estado promoveu uma profunda transformação no campo do fenômeno tributário.

Essa mudança ocorreu, principalmente, devido a cisão entre a propriedade e o Estado, resultado das revoluções econômica e política, que despontaram na França e Inglaterra<sup>133</sup>.

Com o advento do Estado Contemporâneo, o governo passou a depender financeiramente da cobrança de tributos<sup>134</sup> e a tributação deixou de ser simplesmente uma relação de poder da autoridade soberana que a estabelecia.

---

<sup>132</sup> Entende-se por matriz tributária o conjunto de escolhas feitas em um determinado momento histórico no campo da ação social no que diz respeito ao fenômeno tributário. GASSEN, Valcir. Matriz tributária brasileira: uma perspectiva para pensar o Estado, a Constituição e a Tributação no Brasil In: GASSEN, Valcir (Org.). **Equidade e Eficiência da Matriz Tributária Brasileira: Diálogos sobre Estado, Constituição e Direito Tributário**. Brasília: Consulex, 2012, p. 32

<sup>133</sup> Cf. GASSEN, op.cit., p. 34-38

<sup>134</sup> Ibid., p. 37

Ademais, o intervencionismo estatal, marcado pela experiência socialista da Revolução Russa de 1917, renovou o debate acerca da finalidade do Estado e do desempenho da função social a ele atribuída, demandando a promoção de direitos sociais e a distribuição equitativa de bens<sup>135</sup>.

As experiências vividas no pós-guerra impulsionaram a redefinição do Estado Social, consagrando políticas de redistribuição de renda, à luz da perspectiva constitucionalista e do projeto democrático.

Desse modo, a atividade tributária, na sua concepção atual, tornou-se tanto instrumento estatal de arrecadação de receitas para o custeio dos gastos públicos, quanto mecanismo de promoção de direitos constitucionalmente consagrados. É nesse sentido que Liam Murphy e Thomas Nagel iniciam seu livro “O mito da propriedade”:

Numa economia capitalista, os impostos não são um simples método de pagamento pelos serviços públicos e governamentais: são também o instrumento mais importante por meio do qual o sistema político põe em prática uma determinada concepção de justiça econômica ou distributiva.<sup>136</sup>

Sob essa perspectiva, a doutrina desenvolveu a ideia de fiscalidade e extrafiscalidade para representar as finalidades do tributo.

O tributo apresenta função fiscal quando sua intenção é essencialmente arrecadatória, visando tão somente à captação de recursos para os cofres públicos. A função fiscal do tributo é responsável pelo financiamento e manutenção da atividade estatal. É por meio da arrecadação de receita que o Estado obtém o suporte financeiro adequado para a sua sobrevivência e para a implementação de políticas públicas destinadas à satisfação das necessidades coletivas dos membros daquela comunidade.

A finalidade extrafiscal, por sua vez, pode se apresentar tanto no âmbito regulatório, quando o tributo busca intervir em determinadas situações — sociais, políticas ou econômicas — para corrigir externalidades, estimulando ou desestimulando certos comportamentos, como também pode se revelar como “instrumento de política fiscal efetivamente transformador da realidade social”<sup>137</sup>, isto é, a tributação torna-se mecanismo fundamental na formulação de políticas públicas adequadas ao enfrentamento das desigualdades existentes na sociedade<sup>138</sup>.

---

<sup>135</sup> BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. **A construção do estado social brasileiro na transição da modernidade: a extrafiscalidade como instrumento de legitimação do estado social na perspectiva funcional do direito**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p. 124-126

<sup>136</sup> MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **O mito da propriedade: os impostos e a justiça**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 5

<sup>137</sup> BICALHO, op. cit., p. 100

<sup>138</sup> BICALHO, op. cit., p. 177-186

Constata-se, portanto, que o tributo tem potencial de atuar como eficaz instrumento de realização imediata dos fins estatais nos mais diferentes campos<sup>139</sup>.

Não existe espécie tributária que exerça puramente uma dessas finalidades, visto que elas convivem harmonicamente em uma mesma figura. Todavia, é possível verificar que há tributos que se apresentam, extraordinariamente, como instrumento extrafiscal, enquanto outros predominam no campo da fiscalidade.

A justiça social, portanto, só é garantida se a intervenção estatal coexistir com uma política de gastos públicos de caráter social, devendo haver correspondência entre os recursos arrecadados, as despesas realizadas e o esforço tributário realizado pelos contribuintes, o que assegura a própria legitimidade do Estado Social<sup>140</sup>, cuja concepção repercute no constitucionalismo democrático contemporâneo. Em outras palavras, os dois extremos da atividade financeira devem se empenhar na busca pela igualdade material entre os indivíduos.

Nesse mesmo sentido, afirma Dworkin<sup>141</sup>:

Taxes are the principal mechanism through which government plays this redistributive role. It collects money in taxes at progressive rates so that the rich pay a higher percentage of their income or wealth than the poor, and it uses the Money it collects to finance a variety of programs that provide unemployment and retirement benefits, health care, aid to children in poverty, food supplements, subsidized housing, and other benefits.

A atuação estatal, portanto, está sujeita tanto a limites que disciplinam a cobrança de tributos quanto à imposição de aplicação dos recursos arrecadados em prol da sociedade.

É sob essa perspectiva que José Casalta Nabais defende a ideia de que a solidariedade torna-se o alicerce do fenômeno tributário, o qual demanda a responsabilidade solidária dos cidadãos, enquanto integrantes de uma comunidade, para a contribuição da manutenção e desenvolvimento da sociedade<sup>142</sup>, o que delimita o motivo pelo qual se paga um tributo.

Desse modo, o tributo não existe devido ao caráter impositivo disposto na lei, mas reflete a pretensão coletiva de custeio dos gastos públicos, na medida da capacidade

---

<sup>139</sup> LEAL, op. cit., 2012, p. 7

<sup>140</sup> BICALHO, op. cit., p. 180

<sup>141</sup> DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?: principles for a new political debate**. Princeton University Press: New Jersey, 2006, p. 92. Em tradução livre: “Os tributos são o principal mecanismo através do qual o governo desempenha este papel distributivo. Ele recolhe dinheiro através de impostos calculados por meio de alíquotas progressivas de modo a que os ricos paguem uma percentagem mais elevada dos seus rendimentos e de sua riqueza do que os pobres, e então utiliza o dinheiro que recolhe para financiar uma variedade de programas que proporcionem benefícios aos desempregados e aos aposentados, serviços de saúde, ajuda a crianças pobres, suplementos alimentares, habitação subsidiada, e outros benefícios”.

<sup>142</sup> NABAIS, José Casalta. **Considerações sobre a sustentabilidade do Estado Fiscal**. In SARAIVA FILHO; GUIMARÃES (Coords.), op. cit., p. 648



econômica de cada um. A própria acepção do termo contribuinte reflete o seu caráter contributivo para o financiamento do bem estar social de todos.

O comprometimento com o pagamento do tributo é motivado pela ideia de solidariedade entre os cidadãos que compõem a comunidade política, e sua aceitabilidade deve, então, ser entendida levando em consideração a dupla finalidade da tributação, que visa manutenção e estruturação do Estado e a promoção de benefícios sociais. Comungando desse entendimento, ressalta Cabais:

(...) o imposto não deve ser considerado, como foi tendência durante o século passado, mormente na Alemanha, uma simples relação de poder, em que o estado faz exigências aos seus súbditos e estes se sujeitam em consequência dessa relação. Noutros termos, o imposto não pode ser encarado, nem como um mero poder para o estado, nem simplesmente como mero sacrifício para os cidadãos, mas antes como o contributo indispensável a uma vida em comum e próspera de todos os membros da comunidade organizada em estado. Com efeito, um estado, para cumprir as suas tarefas, tem de socorrer-se de recursos ou meios de exigir dos seus cidadãos, constituindo justamente os impostos esses meios ou instrumentos de realização das tarefas estaduais. Por isso, a tributação não constitui, em si mesma, um objectivo (isto é, um objectivo originário ou primário) do estado, mas sim o meio que possibilita a este cumprir os seus objectivos (originários ou primários), actualmente consubstanciados em tarefas de estado de direito e tarefas de estado social, ou seja, em tarefas de estado de direito social. Um meio que, por um lado, pressupõe um certo tipo de estado do ponto de vista do seu suporte financeiro – um estado fiscal – e, de outro se traduz, atento o seu actual carácter social, na exigência de uma parte considerável do rendimento ou património, enquanto tais ou enquanto gastos ou consumidos na aquisição de bens e serviços, dos seus cidadãos.<sup>143</sup>

Não se olvida aqui que o desconforto em pagar tributos decorre de inúmeros problemas sociais e políticos, dentre os quais se destacam a nefasta corrupção que assombra a arrecadação de receita, a ineficiência dos serviços públicos e a excessiva e desigual distribuição da carga tributária. No entanto, as falhas cometidas pelo Estado não são suficientes para retirar do tributo a força e a importância que este desempenha na sociedade contemporânea<sup>144</sup>. De fato, os prejuízos práticos obstarão os eventuais benefícios distributivos do tributo, e, por isso mesmo, são importantes e devem ser discutidos, mas só podem sê-lo tendo em vista a própria função da tributação. Inadmissível, portanto, desvalorizar o fenômeno tributário em decorrência das falhas na sua execução, sem observar as garantias fundamentais que alicerçam os anseios sociais dessa exação.

Deve ser desconstruído também o entendimento de que a tributação constitui invasão à propriedade privada do contribuinte. É preciso ter em mente que um dos fins da atividade financeira do Estado, através da instituição e cobrança de tributos, é justamente garantir o

<sup>143</sup> NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar imposto: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 185-186

<sup>144</sup> TORRES, op. cit., p. 7589

direito de propriedade<sup>145</sup>. É através da estrutura fornecida pelo Estado, sustentada pelos tributos, que é possível proporcionar esse direito aos seus cidadãos<sup>146</sup>. A garantia da propriedade é, sobretudo, uma finalidade da tributação e não apenas um limite ao poder de tributar.

É nesse contexto que se defende que a preocupação do Estado compreende a garantia ao direito à propriedade privada, a qual deve ser promovido a todos, e não só a um número limitado de indivíduos.

Por isso, é necessário que a finalidade da tributação compreenda o combate às desigualdades sociais, tanto pela redistribuição de renda, através do incremento de políticas públicas direcionadas às classes menos abastadas, oriundos de recursos obtidos através da tributação dos mais ricos, quanto pela distribuição de rendas, baseada na ideia de divisão justa do ônus tributário pela capacidade contributiva, a fim de evitar a concentração de renda em um número limitado de indivíduos<sup>147</sup>.

E é nesse sentido que o tributo se manifesta na materialização do princípio da solidariedade, observada a isonomia tributária entre os contribuintes, evitando que seja imposto ao contribuinte carga superior a qual ele consiga suportar.

A própria Constituição Federal brasileira estabelece, em seu artigo 3º, como objetivos fundamentais da República, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, sem qualquer discriminação.

A promoção do bem estar social pressupõe a implementação de ações que incidam sobre todos os estratos sociais, no sentido de promover a redução das desigualdades sociais e a construção de sociedades mais justas. E é sob essa perspectiva que a Constituição Federal protege uma arrecadação tributária baseada nos princípios da capacidade contributiva e da isonomia tributária. Para tanto, mostra-se imprescindível que a Administração Tributária possa identificar a manifestação de riqueza do contribuinte, de modo a graduar a cobrança do tributo conforme a sua capacidade econômica.

---

<sup>145</sup> GASSEN, op. cit., p. 39

<sup>146</sup> MURPHY; NAGEL, op. cit., p. 11. Nesse sentido, os autores levantam interessante discussão desenvolvendo a ideia de que a propriedade é uma convenção jurídica cuja existência e validade dependem da tributação, isto é, trata-se na realidade de um direito pós-tributação, só existindo em função da própria existência do Estado: “É ilegítimo, para fins de avaliação de um sistema tributário, fazer apelo a um nível básico de direitos de propriedade numa suposta ‘renda pré-tributária’, pois essa renda é o produto de um sistema do qual os impostos são um elemento inalienável” (Ibid., p. 13). Para um estudo detalhado, Cf. Ibid., p.11-14 e 46-50

<sup>147</sup> RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Piketty e a Reforma Tributária Igualitária no Brasil**, RFPTD, v. 3, n.3, 2015. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfptd/article/view/15587>> Acesso em 14/11/2015

Tendo isso em vista, será abordado no próximo capítulo a necessidade de garantir os mecanismos adequados à Administração Tributária para a realização de uma arrecadação fiscal eficiente, incluindo aqui o acesso pelo ente administrativo aos dados bancários do contribuinte, como forma de combate à evasão fiscal.

### **3.2. Justiça fiscal e igualdade tributária: A transferência direta do sigilo bancário para a Administração Tributária como mecanismo de combate à sonegação fiscal**

Ao analisar a tributação no Brasil, mostra-se oportuna a apresentação dos dados apresentados pelo Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social - CDES que demonstram os problemas existentes na atual matriz tributária brasileira, quais sejam: o ônus tributário é mal distribuído, gerando um sistema altamente regressivo; o retorno social é baixo em relação à carga tributária; a estrutura tributária desincentiva as atividades produtivas, e, conseqüentemente, a geração de empregos e renda; há desequilíbrio na partilha federativa em relação às competências tributárias, responsabilidades e territorialidades; e inexistência cidadania tributária<sup>148</sup>.

Conforme o estudo aponta, a matriz tributária brasileira não reflete os ideais de justiça social previstos na Constituição Federal. O cenário de alta regressividade da nossa matriz tributária, em que prevalece a adoção de tributos indiretos sobre a base do consumo, inviabiliza a realização da igualdade no momento da arrecadação, uma vez que as pessoas dotadas de menor capacidade contributiva suportam, proporcionalmente, uma carga tributária maior<sup>149</sup>.

Ademais, o retorno em bens e serviços ofertados pelo Estado ficam aquém do que seria possível obter com os recursos que são arrecadados, uma vez que, conforme aborda o estudo, dos 34,9% do PIB auferidos em 2008 apenas 10,4% do produto retornaram à sociedade através de investimentos públicos nas áreas de educação (4,7%), saúde (3,7%), segurança pública (1,4%) e habitação e saneamento (0,6%)<sup>150</sup>. Conforme bem observa Bicalho, pode-se inferir desses dados que

[...] as classes mais pobres estão autofinanciando programas de transferência de renda instituídos em seu benefício, o que denota uma ineficiência do instrumento

---

<sup>148</sup> CDES. **Indicadores de Iniquidade do Sistema Tributário Nacional**. Relatório de observação nº 2. Brasília, jul. 2011. Disponível em: <<http://www.cdes.gov.br/documento/3057656/>>. Acesso em 19/11/2015, p. 17-35

<sup>149</sup> LEAL, op. cit., 2012, pág. 25

<sup>150</sup> CDES, op. cit., p. 26

extrafiscal numa perspectiva integrada entre receita e despesa. Diante desse quadro fático, constata-se que a tributação no Brasil acentua as disparidades sociais e, ao invés de propiciar a distribuição da riqueza, concentra-a em prol das classes mais privilegiadas<sup>151</sup>.

Esse quadro é agravado ainda mais com a elevada sonegação fiscal verificada no Brasil, incentivada pela impunidade prevista no nosso ordenamento jurídico, de modo que, conforme saliente Douglas Fischer: “No Brasil de hoje, sonegar é um grande negócio”<sup>152</sup>.

Nesse sentido, é interessante mencionar o estudo de Klaus Tipke a respeito da influência da atuação incorreta do Estado no comportamento do contribuinte<sup>153</sup>. O autor aborda que os cidadãos não são meros devotos da autoridade estatal, a ponto de obedecer mesmo leis consideradas injustas<sup>154</sup>. É o caso, por exemplo, do prejuízo moral provocado pela concessão injusta de favorecimentos fiscais. Nesse caso, alguns contribuintes conseguem se esquivar das obrigações, enquanto outros, pela falta de conhecimento ou possibilidade, devem compensar o déficit de rendimento fiscal resultante dos favorecimentos. Isso causa a insatisfação nos cidadãos, que são informados pela mídia acerca da desigualdade da imposição, da tributação elevada e da dissipação de recursos tributários, prejudicando o próprio desenvolvimento da cidadania fiscal<sup>155</sup>.

A marginalização da justiça tributária corrobora para o aumento da sonegação na medida em que a excessiva carga tributária e a dificuldade em detectar a sonegação fiscal orientam as atitudes mentais do contribuinte<sup>156</sup>.

No entanto, não se pode admitir que os problemas acima levantados justifiquem o inadimplemento das obrigações tributárias, sob pena de inviabilizar a própria convivência em sociedade.

Está claro que a alocação eficiente dos gastos públicos deve se aliar a adoção de esforços para o alcance de uma arrecadação justa. É nesse sentido que o combate à sonegação fiscal mostra-se essencial não só para o aumento da receita, mas também para contribuir com a própria realização da justiça fiscal.

<sup>151</sup> BICALHO, op. cit., p. 183

<sup>152</sup> FISCHER, Douglas. **Crimes tributário-fiscais: a impunidade incentivada pela lei e pela jurisdição**. In CATTANI; OLIVEIRA, op. cit., p. 115

<sup>153</sup> TIPKE, Klaus. **Moral Tributária do Estado e dos Contribuintes**. Tradução: Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed. 2012, p. 111-116

<sup>154</sup> Ibid., p. 111-112

<sup>155</sup> Ibid., p. 113-114

<sup>156</sup> Nesse sentido, Klaus Tipke, ao abordar diferentes atitudes mentais dos contribuintes diante da obrigação tributária, traz a figura do indivíduo que deixa de pagar o tributo por estar desgostoso com o Estado, de outro que se esquia da cobrança por acreditar que a contraprestação não é equivalente ao tributo arrecadado, bem como do indivíduo que pensa somente na sua vantagem econômica e beneficia-se do efeito carona, calculando seu comportamento no risco de ser descoberto. Ibid., p. 103-105

Segundo Aldemário Araújo Castro, a Secretaria da Receita Federal - SRF, quando da análise dos montantes arrecadados com a CPMF no ano de 2000, constatou que:

- a) 62 pessoas físicas que declararam perante a Receita Federal suas condições de isentas de imposto de renda tiveram movimentação financeira anual acima de R\$ 10 milhões, totalizando R\$ 11,03 bilhões;
- b) 139 pessoas físicas omissas perante a Receita Federal tiveram movimentação financeira anual acima de R\$ 10 milhões, totalizando R\$ 28,92 bilhões;
- c) 45 pessoas jurídicas incluídas no SIMPLES (pressupõe receita bruta anual inferior a R\$ 120 mil) tiveram movimentação financeira anual acima de R\$ 100 milhões, totalizando R\$ 53,21 bilhões;
- d) 46 pessoas jurídicas que declararam perante a Receita Federal suas condições de isentas de imposto de renda tiveram movimentação financeira anual acima de R\$ 100 milhões, totalizando R\$ 18,39 bilhões;
- e) 139 pessoas jurídicas omissas perante a Receita Federal tiveram movimentação financeira anual acima de R\$ 100 milhões, totalizando R\$ 70,96 bilhões.<sup>157</sup>

Não se desconsidera aqui que a movimentação financeira se difere da aquisição de renda, não sendo, portanto, quantificáveis diretamente. No entanto, os dados ora levantados evidenciam a discrepante divergência entre as informações apresentadas espontaneamente pelo contribuinte e o montante financeiro movimentado. Diante desse cenário, mostra-se indispensável a adoção de um processo eficaz de arrecadação tributária que atue no combate à sonegação fiscal.

Assim, a oponibilidade do sigilo bancário em face da Administração Tributária acaba por contribuir com a ineficácia da fiscalização administrativa, e, por conseguinte, ainda estimula a sonegação fiscal, dada as dificuldades de descoberta do ilícito pelo Estado<sup>158</sup>.

O incremento da sonegação, além de provocar a queda da receita pública, promove graves distorções no sistema tributário, em virtude da ausência de isonomia tributária e do flagrante desrespeito ao princípio da capacidade contributiva<sup>159</sup>.

Comumente, a majoração do tributo torna-se uma solução para compensar a perda arrecadatória provocada pela elevação da sonegação fiscal. Dessa forma, o cidadão que cumpre com suas obrigações tributárias acaba sendo onerado excessivamente, uma vez que arca com o seu tributo e com os tributos sonegados, o que acarreta em uma evidente desigualdade entre os contribuintes<sup>160</sup>.

Ademais, cria-se uma injustificada discrepância entre a efetividade da fiscalização tributária diante da retenção na fonte dos rendimentos assalariados, em comparação com os

---

<sup>157</sup> CASTRO, op. cit., p. 419. As informações estão contidas em: Informação para a imprensa no 123, de 2000. Secretaria da Receita Federal. Análise estatística do cruzamento de informações da CPMF e do Imposto de Renda.

<sup>158</sup> LEAL, op. cit., 2013, p. 71

<sup>159</sup> Ibid., p. 76

<sup>160</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 107

tributos declarados espontaneamente, em que o sigilo bancário obsta o conhecimento pelo Fisco da renda percebida, dificultando a própria atividade fiscalizatória que lhe é inerente, favorecendo a evasão do pagamento dos tributos devidos<sup>161</sup>.

Essa desigualdade é reforçada quando se constata que, em geral, os contribuintes com maior capacidade econômica são em sua maioria grandes empresas e indivíduos não assalariados, ao passo que boa parte de contribuintes com menor capacidade econômica se incluem do grupo das pessoas físicas assalariadas<sup>162</sup>.

A Lei Complementar nº 105/2001 surge justamente para garantir ao ente administrativo os instrumentos necessários para que se promova uma arrecadação eficiente, que por sua vez possibilita ao Estado a oferta de serviços públicos de qualidade.

Conforme já exposto, não há qualquer violação à intimidade e à vida privada do contribuinte, uma vez devem ser preenchidos inúmeros requisitos previstos na lei e observados os direitos do particular, havendo mera transferência dos dados protegidos pelo sigilo bancário para o abrigo do sigilo fiscal. O agente administrativo deve guardar sigilo tanto quanto o funcionário da instituição financeira<sup>163</sup>. Os dados e informações do contribuinte devem ser preservados da divulgação ao público, conforme preceitua os artigos 11 e 12 da referida lei, ou mesmo o Código Tributário Nacional em seu artigo 198, que impõem dever de cuidado com o manuseio das informações confidenciais, sob pena de responsabilização civil, administrativa ou penal do servidor.

Ademais, a oponibilidade do direito à intimidade e à privacidade, no contexto da arrecadação tributária, torna-se evidentemente contraditória, uma vez que o contribuinte deve enviar declarações sobre sua renda, faturamento e patrimônio ao Fisco e ninguém questiona a constitucionalidade desta obrigação, conforme bem observam Saldanha e Gama:

O controle das contas bancárias ou dos sinais exteriores de riqueza constitui uma mera atividade de verificação das declarações tributárias e por isso uma crítica coerente do acesso administrativo às contas bancárias deveria abranger a tributação do rendimento com base na declaração, ou, mais exatamente, a tributação do rendimento e, por acréscimo, a criação de direitos sociais que impliquem o conhecimento do Estado do rendimento do cidadão. Uma vez que a determinação do rendimento pessoal é única forma de saber se alguém tem direito a uma pensão de reforma, ou ao quantum de uma prestação estadual por doença, por exemplo, todos os instrumentos assistencialistas seriam, por assentarem no conhecimento do rendimento de cada um, inconstitucionais. Levado as últimas consequências o raciocínio que leva a afastar qualquer acesso administrativo às contas dos cidadãos

<sup>161</sup> Ibid., p. 72

<sup>162</sup> Idem

<sup>163</sup> SANCHES, J.L. Saldanha, GAMA, João Taborda. Pressuposto administrativo e pressuposto metodológico do princípio da solidariedade social: a derrogação do sigilo bancário e a cláusula geral anti-abuso. In GRECO, Marco Aurélio Greco; GODOI, Marciano Seabra de (Coords.). **Solidariedade Social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 97

pode levar à preclusão do exercício dos mais elementares direitos de solidariedade.<sup>164</sup>

É essencial à atividade da Administração o acesso às informações bancárias do contribuinte para que esta desempenhe eficazmente o seu poder-dever de fiscalização, e, como consequência, assegure os objetivos que a própria Constituição lhe impõe na concretização da justiça fiscal e do princípio da igualdade que o consagra<sup>165</sup>.

A necessidade de solicitação judicial é medida contraproducente, acarretando a ineficiência da atividade estatal, e violação ao princípio de separação dos poderes, visto que inviabilizaria que a fiscalização tributária fosse realizada diretamente pelo ente administrativo<sup>166</sup>. E, ainda, viola o princípio da eficiência que orienta a atuação da Administração Pública, a qual deve adotar os melhores meios para realizar suas tarefas e prerrogativas, de forma célere e eficaz.

A própria redação do artigo 145, § 1º, da Constituição Federal, fundamenta a possibilidade de transferência do sigilo bancário para a Administração Tributária ao permitir a identificação do patrimônio, dos rendimentos e das atividades econômicas do contribuinte como forma de conferir efetividade a seus objetivos e auxiliar na graduação do tributo conforme a capacidade econômica do contribuinte.

O procedimento, portanto, pode e deve ser realizado no âmbito administrativo, pois o Estado possui dentre suas prerrogativas o poder de fiscalizar.

Não existe direito subjetivo que furte o contribuinte de se submeter à fiscalização tributária, ainda que não haja indício de erro ou falha no recolhimento dos tributos, isso porque:

[s]e existe para o sujeito passivo uma obrigação de declarar a totalidade dos seus rendimentos (princípio da sujeição ilimitada ou ‘world wide taxation’), a verificação da conta bancária serve apenas para verificar a veracidade dessa declaração, pois os dados contidos na conta bancária só poderão acrescentar alguma coisa aos elementos já comunicados à Administração quando se tiverem verificado violações do dever de declarar<sup>167</sup>.

Partilhando desse entendimento, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho sustenta que:

[...] os verdadeiros inimigos e concorrentes desleais dos contribuintes são aqueles que, com a hipócrita sacralização do direito à vida privada, e, apostando, assim, nas amarras e na ineficiência do Fisco, conseguem se evadir de suas obrigações

<sup>164</sup> Ibid., p. 97-98

<sup>165</sup> SARAIVA FILHO, op. cit., p. 26

<sup>166</sup> GIANNETTI, op. cit., p. 7594

<sup>167</sup> SANCHES; GAMA, op. cit., p. 98

tributárias, principais e acessórias, forçando o Estado, que não pode prescindir da arrecadação que lhe é necessária, a tributar, cada vez mais, os que pagam os tributos honestamente, o que vai de encontro à razoabilidade da tributação, proporcionadora da liberdade, justamente aquilo que o Estado fiscal visa a assegurar.<sup>168</sup>

Não se trata de transformar os indivíduos em sonegadores em potencial, mas somente conferir à aplicação justa e igualitária da lei, principalmente em respeito aos contribuintes que cumprem fielmente com suas obrigações e esperam o devido retorno social<sup>169</sup>. As administrações tributárias devem cumprir seu papel arrecadador e fiscalizador das obrigações tributárias com justiça fiscal, em benefício da própria sociedade<sup>170</sup>.

A atividade tributária deve ser instrumento indispensável ao combate à pobreza e redução das desigualdades sociais<sup>171</sup>. O poder de fiscalização eficiente mostra-se, portanto, instrumento indispensável para a realização concreta dos princípios da capacidade contributiva, da igualdade e da solidariedade social, na medida em que configura-se como recurso para a melhoria dos níveis de cumprimento das obrigações pelos contribuinte, de acordo com a capacidade econômica de cada um.

---

<sup>168</sup> SARAIVA FILHO, op. cit., p. 24-25

<sup>169</sup> GIANNETTI, op. cit., p. 7594

<sup>170</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 110

<sup>171</sup> GONDIM, Fátima e LETTIERI, Marcelo. Tributação e desigualdade. **Le Monde Diplomatique**, Ano 4, Número 39, São Paulo, out. 2010. Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=784>> Acesso em 14/11/2015



## CONCLUSÃO

*“The era of banking secrecy is over”*<sup>172</sup>. A declaração emitida durante a Cúpula de Londres do G-20, realizada em 2009, foi inspirada na tendência internacional de crescente abertura do sigilo bancário, e consequente adoção de medidas contra as jurisdições não-cooperativas, em especial paraísos fiscais, para proteger as finanças públicas e os sistemas financeiros dos demais países.

É inegável que o sigilo bancário é instrumento indispensável de um sistema financeiro saudável, exercendo papel legítimo na confidencialidade de dados financeiros de pessoas físicas e jurídicas. No Brasil, é reconhecido o amparo constitucional ao sigilo, baseado no direito fundamental à intimidade e à vida privada.

No entanto, é pacífico o entendimento que o direito ao sigilo bancário não se reveste de caráter absoluto. Nesse sentido, a análise do presente trabalho se debruçou na possibilidade de acesso pela Administração Tributária aos dados em posse das instituições financeiras e equiparadas, sem prévia autorização judicial.

A abordagem passou pela delimitação do instituto, seu fundamento constitucional e a possibilidade de transferência desses dados à luz dos princípios constitucionais. Foi analisada ainda a regulamentação da matéria, em especial a Lei Complementar nº 105/2001, e a posição adotada pela jurisprudência quanto aos questionamentos acerca da sua constitucionalidade.

Após, foi realizado um breve estudo das disposições da OCDE e do tratamento internacional concedido ao sigilo bancário, no qual prevalece a orientação para a concessão de acesso ao sigilo bancário pela autoridade administrativa competente, com o objetivo de proporcionar uma cooperação internacional célere e eficiente e viabilizar a atuação adequada da fiscalização tributária, a fim de combater à evasão fiscal e a concorrência desleal em matéria tributária.

Por fim, o trabalho se dedicou a análise da matéria sob a perspectiva da matriz tributária brasileira, pois é essencial que seja levada em consideração a dinamicidade da sociedade, bem como a função da tributação no Estado Contemporâneo, elementos que comumente têm sido esquecidos por boa parte da doutrina e da jurisprudência.

Constatou-se, assim, ser inadmissível a proteção absoluta ao sigilo bancário, sob pena de incorrer em graves injustiças econômicas e sociais.

---

<sup>172</sup> Tradução livre: “A era do sigilo bancário acabou”. G20. **London Summit: Official Communiqué**, London, 2 abr. 2009, p. 4. Disponível em: <<http://www.oecd.org/g20/meetings/london/G20-Action-Plan-Recovery-Reform.pdf>> Acesso em 20/11/2015

Acredita-se ainda ser desarrazoada a exigência de submissão ao Poder Judiciário para a obtenção pelo Fisco de dados e informações necessárias para a realização da atividade fiscalizatória, pela qual é responsável o ente administrativo. Tal medida provocaria o esvaziamento do poder de polícia da Administração e a ineficácia da fiscalização tributária.

Não se defende aqui o acesso indiscriminado aos dados protegidos pelo sigilo, uma vez que a atuação estatal é orientada por balizas que a legitimam. No entanto, não se vislumbrou ofensa aos direitos de privacidade e intimidade do contribuinte, tampouco violação ao devido processo legal, uma vez que, conforme preceitua a Lei Complementar nº 105/2001, há mera transferência do dever de manutenção de sigilo das instituições financeiras para a Administração Pública, mantendo-se a proteção contra a divulgação pública desses dados e a restrição de sua utilização para as finalidades devidas.

Não se pode admitir que, ainda hoje, se utilize o sigilo bancário como escudo para a sonegação fiscal, deixando recair o ônus tributário sobre as classes mais pobres, já altamente sacrificadas pela alta carga tributária brasileira.

A arrecadação tributária, pautada nos princípios constitucionais da capacidade contributiva (artigo 145, §1º), da igualdade tributária (artigo 150, II) e da solidariedade (art. 3º, I), deve se apresentar como instrumento indispensável para a realização da justiça fiscal. Impõe-se, portanto, que os dados sejam apresentados de forma transparente à autoridade fiscal, e sejam adotados procedimentos de fiscalização céleres e eficazes para a construção de uma sociedade justa e solidária.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Nelson. **Direito bancário**. 13<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2010

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Sigilo Bancário e Privacidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. **A construção do estado social brasileiro na transição da modernidade: a extrafiscalidade como instrumento de legitimação do estado social na perspectiva funcional do direito**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2013

BORGES, Antônio de Moura; MACHADO, Paiva Queiroz Machado de. A quebra do sigilo bancário como medida antielísiva e a verificação de sua constitucionalidade. In: XVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. **Anais**, Brasília, 2008, p. 1242-1256. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/04\\_635.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/04_635.pdf)>. Acesso em 20/11/2015

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988

BRASIL. **Decreto 8506, de 24 de agosto de 2015**. Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América para Melhoria da Observância Tributária Internacional e Implementação do FATCA, firmado em Brasília, em 23 de setembro de 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8506.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8506.htm)> Acesso em 12/11/2015

BRASIL. **Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001**. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp105.htm)> Acesso em 21/11/2015

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 21729-DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Data de Publicação: DJ 19/10/2001, p. 117. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85599>> Acesso em 20/10/2015

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Cautelar 33/PR**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Data de Publicação: DJe 10/02/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618868>> Acesso em 07/11/2015

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 389.808/PR**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Data de Publicação: DJe 10/05/2011. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622715>> Acesso em 07/11/2015

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 26ª edição. VitalBook file. São Paulo: Saraiva, 2014

CASTRO, Aldemário Araújo de. Considerações acerca dos Sigilos Bancário e Fiscal, do Direito Fundamental de Inviolabilidade da Privacidade e do Princípio Fundamental da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado. In SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coords.). **Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves**, p. 411-427. Belo Horizonte: Fórum, 2015

CDES. **Indicadores de Iniquidade do Sistema Tributário Nacional**. Relatório de observação nº 2. Brasília, jul. 2011. Disponível em: <<http://www.cdes.gov.br/documento/3057656/>>. Acesso em 19/11/2015

COVELLO, Sérgio Carlos. **O Sigilo Bancário**. São Paulo: Leud, 2001

DELGADO, José Augusto. O sigilo bancário no ordenamento jurídico brasileiro. In SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coords.). **Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves**, p. 505-544. Belo Horizonte: Fórum, 2015

DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?: principles for a new political debate**. Princeton University Press: New Jersey, 2006.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007a,

\_\_\_\_\_. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007b

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado, **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 88, jan. 1993, p. 442-443. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231/69841>>. Acesso em: 02 out. 2015

FISCHER, Douglas. Crimes tributário-fiscais: a impunidade incentivada pela lei e pela jurisdição. In CATTANI, Antonio David; OLIVEIRA, Marcelo Ramos de (Orgs.). **A Sociedade justa e seus inimigos**. Porto Alegre, Tomo Editorial, 2012

FOLMANN, Melissa. **Interpretação Constitucional Principiológica & Sigilo Bancário**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 125

FOLMANN, Melissa. **Sigilo bancário e fiscal à luz da LC 105/2001 e Decreto 3.724/2001**. Curitiba: Juruá, 2001

G20. **London Summit: Official Communiqué**, London, 2 abr. 2009, p. 4. Disponível em: <<http://www.oecd.org/g20/meetings/london/G20-Action-Plan-Recovery-Reform.pdf>> Acesso em 20/11/2015

GASSEN, Valcir. Matriz tributária brasileira: uma perspectiva para pensar o Estado, a Constituição e a Tributação no Brasil. In: GASSEN, Valcir (Org.). **Equidade e Eficiência da Matriz Tributária Brasileira: Diálogos sobre Estado, Constituição e Direito Tributário**. Brasília: Consulex, 2012, p. 27-49

GIANNETTI, Leonardo Varella. O sigilo bancário e a Administração Tributária: um enfoque no paradigma do Estado Democrático de Direito. In: XVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. **Anais**, São Paulo, 2009, p. 7594. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao\\_paulo/2364.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2364.pdf)>. Acesso em 20 de set. de 2015

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Fisco deve ter acesso a dados de contribuintes**. Consultor Jurídico, São Paulo, 30 maio de 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-30/autorizacao-judicial-acessar-dados-banco-compromete-transparencia>> Acesso em 13/11/2015

GONDIM, Fátima e LETTIERI, Marcelo. Tributação e desigualdade. **Le Monde Diplomatique**, Ano 4, Número 39, São Paulo, out. 2010. Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=784>> Acesso em 14/11/2015

GUIMARÃES, Vasco Branco. O segredo bancário: uma interpretação dos estudos da O.C.D.E. In SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coords.). **Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 139-151

HARADA, Kiyoshi. Sigilos Bancário e Fiscal como Corolários do Direito à Privacidade. In SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coords.). **Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 303-321

LEAL, Augusto Cesar de Carvalho. **Sigilo Bancário e Administração Tributária Brasileira**. 1ª ed. (versão eletrônica). Brasília-DF: Advocacia-Geral da União, 2013

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Sigilo Bancário e Privacidade. In SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coords.). **Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 67-83

MARTINS, Rogério Lindenmeyer Vidal Gandra da Silva; LOCATELLI, Soraya David Monteiro. Comentários à Lei Complementar n. 105/2001. In MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Curso de direito tributário**. 14ª Edição. VitalBook file. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1193-1226

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **O mito da propriedade: os impostos e a justiça**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005

NABAIS, José Casalta. Considerações sobre a sustentabilidade do Estado Fiscal. In SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coords.). **Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 647-670

\_\_\_\_\_. **O dever fundamental de pagar imposto: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**. Coimbra: Almedina, 2012

OCDE. **8th Meeting of the Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes**, Bridgetown, 29-30 out. 2015, p. 3. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/transparency/statement-of-outcomes-2015.pdf>> Acesso em 12/11/2015

\_\_\_\_\_. **Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Peer Reviews: Brazil 2012: Phase 1: Legal and Regulatory Framework**. [S.l.]: OECD Publishing, 2012. Disponível em: <[http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/global-forum-on-transparency-and-exchange-of-information-for-tax-purposes-peer-reviews-brazil-2012\\_9789264168725-en](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/global-forum-on-transparency-and-exchange-of-information-for-tax-purposes-peer-reviews-brazil-2012_9789264168725-en)> Acesso em 12/11/2015

\_\_\_\_\_. **Improving Access to Bank Information for Tax Purposes**. Paris: OECD Publishing, 2000. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/2497487.pdf>> Acesso em 10/11/2015

\_\_\_\_\_. **Model Convention on Income and on Capital. Condensed version**. [S.l.]: OECD Publishing, 2014. Disponível em: <<http://www.oecd.org/ctp/treaties/2014-model-tax-convention-articles.pdf>> Acesso em 14/11/2015

\_\_\_\_\_. **Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Peer Reviews: Brazil 2013: Phase 2: Implementation of the Standard in Practice**. [S.l.]: OECD Publishing, 2013. Disponível em: <[http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/global-forum-on-transparency-and-exchange-of-information-for-tax-purposes-peer-reviews-brazil-2013\\_9789264202610-en](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/global-forum-on-transparency-and-exchange-of-information-for-tax-purposes-peer-reviews-brazil-2013_9789264202610-en)> Acesso em 12/11/2015

\_\_\_\_\_. **Harmful tax competition: an emerging global issue.** Paris: OECD Publishing, 1998. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/transparency/44430243.pdf>> Acesso em 10/11/2015

\_\_\_\_\_. **Tax Co-operation 2010: Towards a Level Playing Field.** Paris: OECD Publishing, 2010b. Disponível em: <[http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/tax-co-operation-2010\\_taxcoop-2010-en](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/tax-co-operation-2010_taxcoop-2010-en)> Acesso em 11/11/2015

\_\_\_\_\_. **Terms of Reference to Monitor and Review Progress Towards Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes.** [S.l.]: OECD Publishing, 2010a. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/transparency/about-the-global-forum/publications/terms-of-reference.pdf>> Acesso em 11/11/2015

OLIVEIRA, Marcelo Ramos de. **Paraísos fiscais: inferno para as finanças públicas e para o bem comum.** CATTANI, Antonio David; OLIVEIRA, Marcelo Ramos de (Orgs.). A Sociedade justa e seus inimigos. Porto Alegre, Tomo Editorial, 2012, p. 97-113

ONU. **United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries.** New York: UN, 2012. Disponível em: <[http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN\\_Model\\_2011\\_Update.pdf](http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Model_2011_Update.pdf)> Acesso em 14/11/2015

QUEZADO, Paulo; LIMA, Rogério. **Sigilo Bancário.** São Paulo: Dialética, 2002

RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Piketty e a Reforma Tributária Igualitária no Brasil**, RFPTD, v. 3, n.3, 2015. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfptd/article/view/15587>> Acesso em 14/11/2015

ROQUE, Maria José Oliveira Lima. Sigilo Bancário e Direito à Intimidade. **Revista Virtual da AGU**, Brasília, ano II, nº 12, jul. de 2001, p. 3. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/889852>> Acesso em 15/10/2015

SANCHES, J.L. Saldanha, GAMA, João Taborda. Pressuposto administrativo e pressuposto metodológico do princípio da solidariedade social: a derrogação do sigilo bancário e a cláusula geral anti-abuso. In GRECO, Marco Aurélio Greco; GODOI, Marciano Seabra de (Coords.). **Solidariedade Social e tributação.** São Paulo: Dialética, 2005, p. 89-109

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. O sigilo e a Lei Tributária: transparência, controle da legalidade, direito à prova e a transferência do sigilo bancário para a Administração Tributária na Constituição e na LC nº 105. In: PISCITELLI, Tathiane (Coord.). **Direito tributário: o direito tributário na prática dos tribunais superiores.** 1ª Edição. VitalBook file. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 297-340

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Segredos Bancário e Fiscal relacionados com a Administração Tributária e o Ministério Público. In SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coords.). **Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 19-65

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 09, jan./jun. 2007 (versão eletrônica), p. 378. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-007-INDICE.htm>> Acesso em 24/10/2015

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 71

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, v. 212, abr./jun. 1998, p. 93

TIPKE, Klaus. **Moral Tributária do Estado e dos Contribuintes**. Tradução: Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed. 2012, p. 111-116

TORRES, Ricardo Lobo. **Normas Gerais Antielisivas**. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOBRE ELISÃO FISCAL, ago. 2001, Anais. Brasília: ESAF, 2002, p. 383. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Publico/estudotributarios/Eventos/SeminarioInter/AnaisSeminarioInterElisaofis2002.pdf>> Acesso em 20/10/2015

VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira; ARRUDA, Henrique Porto de. Direitos Fundamentais, Privacidade, Intimidade, Sigilos Bancário e Fiscal, e o Consenso Internacional, **Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 34, 2014, p. 333

WALD, Arnoldo. **O Sigilo Bancário no Projeto de Lei Complementar de Reforma do Sistema Financeiro e na Lei Complementar nº 70**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 29, n. 116, out/dez. 1992, p. 237-238